Consumer and Corporate Affairs Canada
Consommation et Affaires commerciales Canada

# PRICE DISCRIMINATION ENFORCEMENT GUIDELINES

Director of Investigation and Research

*Competition Act*

Canada

The Director of Investigation and Research is responsible for the administration and enforcement of the *Competition Act*, legislation which is designed to maintain and encourage competition in Canada. This document is the Director's Enforcement Guidelines for price discrimination as defined by sections 50(1)(a), (2) and (3) of the *Competition Act*.

To obtain copies of this document or additional information on the subjects discussed in it, readers may contact:


Resource Centre
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada
Hull, Quebec
K1A OC9

Telephone: (819) 994-0798
Fax: (819) 953-5013


Price Discrimination Enforcement Guidelines
Director of Investigation and Research
*Competition Act*


This paper contains a minimum of 50% recycled fibres, including 10% post-consumer fibres.



© Minister of Supply and Services Canada 1992



ISSN 0836-0359
ISBN 0-662-59172-0
Catalogue No. RG 54-2/7-1992
CCAC No. 10819 92-08


CCAC 25 CACC

# PREFACE

The criminal sanction against price discrimination has been part of Canada's competition law since 1935. Section 50(1)(a) of the *Competition Act*, as the provision is now known, reflects the concern that competition in relation to articles should not be unfairly influenced or hampered by discriminatory pricing practices of suppliers.

The term "price discrimination" is a broad one with different meanings in different contexts, such as business, legal and economic. However, the price discrimination which section 50(1)(a) prohibits is a particular type of pricing behaviour which has a relatively specific application to commercial activity in Canada. For an offence to occur, many different elements, as set out in the provision, must each be satisfied.

Placing a criminal ban on certain pricing behaviour, as section 50(1)(a) does, carries with it the risk that business persons may, because of uncertainty about the application of the law, refrain to some extent from engaging in forms of pricing behaviour which would be healthy and beneficial for the markets involved. Misunderstandings may arise because the wording of section 50(1)(a) is complicated and its various elements can be given widely varying interpretations. At the same time, there has been virtually no jurisprudence to guide business.

Therefore, it was determined that, as part of our program of compliance, it would be helpful to publish guidelines to clarify the enforcement policy of the Director of Investigation and Research with respect to section 50(1)(a) to ensure that the business community better understands the circumstances which may lead to an investigation under the Act. At the same time, the business community should be aware that a different interpretation of the provision could be advanced by parties seeking to recover damages privately under section 36 of the Act.

These Guidelines address a number of key issues raised by the provision but they cannot anticipate all questions that may arise in the marketplace. They may be updated from time to time to account for future developments in law and policy.

Howard I. Wetston, Q.C.
Director of Investigation and Research
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada

# INTERPRETATION

These Guidelines supersede all previous statements made by the Director of Investigation and Research or other officials of the Bureau of Competition Policy that may differ from anything stated herein.

This document provides the general approach that is taken by the Director of Investigation and Research to the review of price discrimination matters as defined by sections 50(1)(a), (2) and (3) of the *Competition Act*. Because the specific standards set out in the Guidelines must be applied to a broad range of possible factual circumstances, it cannot be a binding statement of how discretion will be exercised in a particular situation. Guidance regarding specific situations may be requested from the Bureau through its Program of Advisory Opinions. The Bureau will apply the standards of the Guidelines reasonably and flexibly to the particular facts and circumstances of such situations.

The Guidelines are also not intended to bind or affect in any way the discretion of the Attorney General in the prosecution of matters under the *Competition Act*. Nor are they intended to be a substitute for the advice of legal counsel. Final interpretation of the law is the responsibility of the courts.

For the sake of brevity the following terms are used throughout these Guidelines:

- "The Act" refers to the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, as am. R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), ss. 187, 198; R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), Part II; R.S.C. 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 8; R.S.C. 1985, c. 1 (4th Supp.), s. 11; R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), s. 18; S.C. 1990, c. 37 ss. 27-32.
- "Section 50(1)(a)" is meant to include the related subsections 50(2) and 50(3).
- "The price discrimination provision" or "the provision" or "the section" refers to sections 50(1)(a), (2) and (3).
- "The Bureau" refers to the Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada.
- "The Director" refers to the Director of Investigation and Research of the Bureau of Competition Policy.
- "The Guidelines" refers to this publication, the *Price Discrimination Enforcement Guidelines*.
- "Price concession" or "concession" should be read to mean discount, rebate, allowance or price concession or other advantage.
- References to sections of the Act are referred to as "sections."
- References to parts of these Guidelines are referred to as "parts."

# TABLE OF CONTENTS

**EXECUTIVE SUMMARY** ..... i

**PART 1: PRICE DISCRIMINATION** ..... 1

1.1 The Statutory Provisions ..... 1
1.2 Elements of the Offence ..... 1
1.3 Rationale of Section 50(1)(a) ..... 2
1.4 Enforcement Perspective ..... 2

**PART 2: ENFORCEMENT GUIDELINES** ..... 4

2.1 General Remarks ..... 4
2.2 Parties to an Offence ..... 5
2.3 "Types of Transactions Covered" ..... 5
2.3.1 General ..... 5
2.3.2 Transactions Between Affiliates ..... 6
2.4 Types of Products Covered ..... 6
2.5 Sale Must Discriminate ..... 8
2.5.1 "Discount, Rebate, Allowance, Price Concession or Other Advantage" ..... 8
2.5.2 "Over and Above" ..... 9
2.5.3 "Available" ..... 9
2.5.4 "Purchaser" ..... 13
2.5.5 "Competitors of a Purchaser" ..... 18
2.5.6 Relevant "Time" ..... 20
2.5.7 "Directly or Indirectly" ..... 21
2.5.8 "Like Quality and Quantity" ..... 21
2.5.9 "Knowledge" ..... 23
2.6 "A Practice of Discriminating" – section 50(2) ..... 24
2.7 The Cooperative Exception – section 50(3) ..... 25

**APPENDIX 1: OTHER RELEVANT SECTIONS** ..... 26

**APPENDIX 2: HOW TO CONTACT THE BUREAU OF COMPETITION POLICY** ..... 29

# EXECUTIVE SUMMARY

## WHAT CONSTITUTES "PRICE DISCRIMINATION"

Part 1 of the Guidelines describes the rationale for price discrimination, as prohibited by section 50(1)(a) of the *Competition Act* and points to the range of pricing behaviour to which the provision applies.

The section applies to the practice of granting price concessions to one purchaser which are not available to competing purchasers in respect of a sale of articles of like quality and quantity. While it is one of the criminal law provisions of the *Competition Act*, there have been only three convictions under the section, with fines ranging between $15,000 and $50,000. Unfortunately, these cases have provided little guidance in the interpretation of the section.

## ENFORCEMENT GUIDELINES

Part 2 outlines the approach taken by the Director in assessing each of the elements of the price discrimination provision. It is noted that the section applies only to sales of articles by persons engaged in a business. The provision applies only to those persons or firms involved on the selling side of a transaction. It does *not* apply to those involved on the purchasing side. Because the section is directed at "sale" transactions only, it does not apply to leasing, licensing or consignment arrangements, or to other types of transactions in which title to articles is not transferred.

Section 50(1)(a) does not provide a specific affiliate exception in the *Competition Act*. As such, transactions between affiliations may be subject to section 50(1)(a). On the other hand, affiliates may transfer articles at a price reflective of their interests acting as a single economic entity. In such circumstances "concessions" are not negotiated subject to the competitive conditions of the marketplace. Firms that are parties to such transactions may not be granting "concessions in respect of a sale" as the section requires. Transactions of this nature would not be subject to further review.

The section generally does *not* apply to a sale of services. Where a sale often involves both services and articles, the section will ordinarily not be applied if the articles are sold only incidentally to the sale of the service, for example as in most sales of maintenance services.

Under section 50(1)(a), price discrimination occurs only if a discount, rebate, allowance, price concession or other advantage is granted to one purchaser over and above the concession or advantage that is available to competing purchasers of like

quality and quantity as a matter of a practice. The term "other advantage" applies only to price-related advantages; that is, those which are like a "discount, rebate, allowance or price concession" in that they will affect the net price paid for the articles which are the subject of the sale. The section may also apply to discriminatory credit arrangements, but sellers are not prohibited from imposing reasonable conditions on these arrangements. Non-price-related advantages such as the use of equipment, or access to technical assistance, are not covered by the provision.

A key issue in these matters will be whether the price concession is "available." The extent to which a price concession should be disclosed to competing purchasers in order for the Director to consider it "available" varies depending on the circumstances. If the seller unilaterally decides to offer a price concession, such as a volume rebate, it should be communicated to competing purchasers of like quality and quantity. By contrast, such broad disclosure is not required if the seller grants a price concession only as a result of negotiations initiated by a purchaser who agrees to provide a service in exchange for the concession. Here, for the concession to be considered "available" it need only be communicated to those competing purchasers who ask for similar concessions on similar terms as the favoured purchaser. The seller is not obliged to extend such a concession to a purchaser who simply asks for the seller's "best deal," as a matter of form.

Conditional discounts are a common form of price concession that should raise no issue under the section as long as they are "available" to competing purchasers of like quality and quantity.

The supplier may, for example, choose to offer price concessions contingent upon the purchaser fulfilling or complying with one or more conditions attached to the sale. Examples discussed in the Guidelines include concessions granted on the condition that: 1) the purchaser increases purchases as compared with a previous time period (commonly known as "growth bonuses," "volume incentive allowances," "loyalty rebates" and "fidelity discounts"); 2) the purchaser provides a service of value to the supplier, such as providing warehouse facilities or facilitating delivery of the articles (commonly known as "functional discounts"); and 3) the purchaser undertakes to buy articles from the supplier rather than from the supplier's competitors ("exclusive dealing discounts").

There are two areas related to conditional discounts which must be considered. First, the conditions to achieve the discount should not be contrived to unreasonably favour or deprive certain customers. Second, the conditions should be verifiable as to when they have been satisfied and the seller should consistently grant the price concession when the conditions are met.

Whether an issue regarding group volume discounts is raised under the section usually depends on who is the true "purchaser" of articles in a given transaction. This question often arises in the context of buying groups, franchise operations and international corporate buying arrangements. In determining which party is the "purchaser," the Director is prepared to review all the circumstances of a transaction. The true purchaser in any transaction will normally be the firm that has made the necessary contractual commitment to acquire the goods sold.

For buying groups, this will generally be satisfied if the group assumes liability to pay for the articles purchased. For franchise systems and international volume price concessions, the franchisor or multinational parent company would satisfy this requirement by committing their franchisees or international subsidiaries respectively to purchase from the seller granting the concession.

Section 50(1)(a) does not restrict sellers from revising their price lists or concessions from time to time. The relevant "time" for the purpose of the section need not be the time when title was transferred or when the contract was completed. For example, in contracts where an option to purchase articles at a future point in time is offered, the relevant "time" may well be when the contract was entered into, not when the option was exercised.

Price discrimination under section 50(1)(a) can only occur in relation to concessions granted to one or more purchasers which are not available to "competing purchasers." The focus of the Director's analysis here is whether the purchasers compete in selling their products, not whether they compete in the purchase of articles from the seller.

The section applies only to transactions involving competing purchasers of articles of "like quality and quantity"; it does not apply if the competing purchaser buys a different article or buys appreciably less than the favoured purchaser. Articles may be differentiated physically, by function or performance, or even by a brand name or trade-mark. One test for determining whether quality is sufficiently different to avoid the application of the section is to ask whether consumers would likely pay more for one of the two articles.

With respect to "like quantity," in order to determine whether one quantity is "like" another, the Director will generally consider industry practices in pricing the articles. Where sellers aggregate purchasers' volumes of different articles for the purpose of calculating volume rebates, no issue should be raised if the same rebate scheme was "available" to competing purchasers.

Section 50(1)(a) provides that the seller must knowingly discriminate for an offence to occur. This means that the seller, in order to violate the provision, must be shown to have had "knowledge" with respect to *all* of the elements of the offence, including knowledge with respect to whether or not particular purchasers are competitors of one another. In assessing "knowledge" the Director will also consider whether there has been willful blindness on the part of the seller. Willful blindness arises where a person who has become aware of the need for some investigation declines to do so in order to avoid learning the facts.

Finally, section 50(2) provides that the price concession or other advantage must be granted as part of a practice of discriminating before an offence can occur. Generally, the longer the seller charges different prices to two competing purchasers of like quality and quantity and the more often this occurs, the more likely it is that a sale is part of a practice of discriminating. Occasional discounts for store openings, clearances or anniversary sales, or temporary allowances granted to win new accounts, enter a new market or match a competitor's pricing initiative will not likely be viewed as a "practice of discriminating."

## APPENDICES

Appendix 1 provides a brief review of other sections in the *Competition Act* that may be relevant to price discrimination practices. Of particular note are the criminal prohibitions in sections 50(1)(b) and (c) relating to predatory pricing practices (see the Director's *Predatory Pricing Enforcement Guidelines*), and section 51 dealing with price concessions or other advantages offered or granted for advertising or display purposes. The reader may also wish to consider practices reviewable by the Competition Tribunal under section 77 where price concessions to induce exclusive dealing or tied selling are reviewed in terms of their effect on competition, and under section 79 where the practice of price discrimination is engaged in by a seller or purchaser as an abuse of a dominant position as defined by that section.

Appendix 2 provides information on how to contact the Bureau of Competition Policy.

# PART 1
# PRICE DISCRIMINATION

## 1.1 THE STATUTORY PROVISIONS

Section 50 of the *Competition Act* states as follows in relation to price discrimination:

(1) Every one engaged in a business who...

(a) is a party or privy to, or assists in, any sale that discriminates to his knowledge, directly or indirectly, against competitors of a purchaser of articles from him in that any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage is granted to the purchaser over and above any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage that, at the time the articles are sold to the purchaser, is available to the competitors in respect of a sale of articles of like quality and quantity,

... is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) It is not an offence under paragraph (1)(a) to be a party or privy to, or assist in, any sale mentioned therein unless the discount, rebate, allowance, price concession or other advantage was granted as part of a practice of discriminating as described in that paragraph.

(3) Paragraph (1)(a) shall not be construed to prohibit a cooperative association, credit union, caisse populaire or cooperative credit society from returning to its members, suppliers or customers the whole or any part of the net surplus made in its operations in proportion to the acquisition or supply of articles from or to its members, suppliers or customers.

## 1.2 ELEMENTS OF THE OFFENCE

The statute sets out a number of factors which must be satisfied for an offence to have been committed. There must be a "sale" of "articles" by a person "engaged in a business." The sale must involve a "discount, rebate, allowance, price concession or other advantage" being "granted" to one "purchaser" which is "over and above" that which is "available" to the purchaser's "competitors" in respect of "articles of like quality and quantity." The comparison must relate to the prices "available" to the competitors "at the time the articles are sold to the purchaser." The sale may discriminate "directly or indirectly." The seller must have "knowledge" that the sale is discriminatory. Finally, the sale must be "part of a practice of discriminating."

## 1.3 RATIONALE OF SECTION 50(1)(a)

Price discrimination, as described by section 50(1)(a) of the *Competition Act*, refers to the practice of a seller granting price concessions to one purchaser, which are not available to competing purchasers in respect of a sale of articles of like quality and quantity.

The provision applies only in the case of discrimination between competitors. Thus, it falls far short of banning all forms or instances of sales at different prices. Sellers have always been, and remain, free to charge different prices and offer different concessions in their dealings with customers who are not one another's competitors.

Furthermore, in their dealings with customers who are one another's competitors, sellers are only governed by the section in respect of sales of articles of like quality and quantity. Nothing in the statute prevents sellers from granting different discounts or rebates if purchasers are not buying similar articles or similar volumes of articles, whether or not they are competitors.

The theory behind section 50(1)(a) is that competing purchasers, when they purchase articles of similar quality and quantity, should not have their ability to compete with one another negatively affected by unequal pricing treatment at the hands of the seller.

By enacting this provision, Parliament has supported the proposition that, at least in terms of the prices which competing sellers pay for their goods, those purchasing like quality and quantity can be assured that they should have an opportunity to be on an equal cost footing with their competitors with the market outcome determined by their own entrepreneurship and abilities, and not by the actions of third parties operating elsewhere in the distribution system.

## 1.4 ENFORCEMENT PERSPECTIVE

In the entire history of the price discrimination provision, there have only been three convictions, all since 1984. These were not contested prosecutions. All three companies pleaded guilty and fines ranging from $15,000 to $50,000 were imposed by the courts.[1] Thus, there is little jurisprudence to assist the Director and the business and legal communities in interpreting the legislation.

---

1 *Commodore Business Machines Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research)* (1988), 27 O.A.C. 310, 63 O.R. (2d) 737, 50 D.L.R. (4th) 559, 41 C.C.C. (3d) 232, 21 C.P.R. (3d) 396, 36 C.R.R. 147; *R. v. Simmons Limited*, Ont. Prov. Ct. (Criminal Division), October 15, 1984, Richards P.C.J (unreported); *R. v. Neptune Meters Ltd.*, Ont. Dist. Ct., June 2,1986, Borins D.C.J. (unreported); reasons for commital are found in *R. v. Neptune Meters Ltd.*, Ont. Prov. Ct. (Criminal Division), June 23, 1983, Hashborn P.C.J. (unreported).

In spite of the rarity of formal proceedings under the section, the price discrimination provision regularly generates many requests for advice and interpretation from the Bureau. This is taken as a strong indication that the business community is seeking to comply with the law, but is in need of clearly enunciated guidelines setting out the Director's enforcement policy with respect to this complex provision.

Through issuing guidelines, the Director wishes to foster compliance with the law, while ensuring that the business community recognizes the legitimate scope which exists, within the law, for the adoption of innovative pricing practices and strategies.

# PART 2
# ENFORCEMENT GUIDELINES

## 2.1 GENERAL REMARKS

Assessment of complaints under section 50(1)(a) essentially involves a retrospective examination of the selling conditions which were at play at the time competing purchasers were engaged in dealing or negotiating with a common seller to acquire articles from the seller. Price discrimination does not require the Director to show the extent to which competition is lessened in the markets involved.[2] The statutory provision also contains none of the familiar qualifiers, such as "unduly," "substantially" or "significantly," which often appear elsewhere in the legislation. However, as criminal law, there is a requirement to prove the offence beyond a reasonable doubt.

The provision contains many elements which must each be satisfied for an offence to occur. Failure to satisfy any one element will render the section inapplicable.

The crux of reviewing a matter under the section will often involve determining what prices (including concessions) were "available" to the allegedly disadvantaged competitor at the time of the sale in question to the allegedly favoured purchaser. If the same prices were available to both purchasers but not acted upon by one, the fact that this purchaser paid higher prices should not raise a question under the section, even if all of the other elements of the provision were satisfied. The Director's interpretation of the term "available" is explained in part 2.5.3 below.

The rest of this part explains the Director's approach to the various elements contained in section 50(1)(a). Wherever it is not stated it should be understood that, for ease of exposition, the discussion of each element assumes that the other elements of the provision are satisfied.

It should also be noted that while some kinds of behaviour may not cause a problem under section 50(1)(a), they may potentially offend other provisions of the *Competition Act*. As much as possible in the text, reference has been made to these other provisions where appropriate.

2 Situations where different prices to customers appear to lessen competition to a certain degree could be examined under a number of different provisions of the Act, as explained in Appendix 1.

## 2.2 PARTIES TO AN OFFENCE

Section 50(1)(a) of the *Competition Act* applies to "everyone engaged in a business" in Canada that meets the requirements of the section. However, the Act and its jurisprudence provide for certain exceptions. For example, pursuant to section 2.1, the Act applies to Crown corporations only in respect of those commercial activities engaged in by the corporation in competition, potential or actual, with other persons.

The words "party or privy to, or assists in any sale" imply that persons in addition to the actual seller of articles may be liable under the section. For example, the agents of the seller, such as brokers who assist in negotiating and executing the sales transaction, may be persons who assist in a discriminatory sale. These words are also broad enough to encompass individuals acting either as officers or agents of the seller.

The words "a purchaser of articles from him" lead to the conclusion that a purchaser cannot violate section 50(1)(a). In the Director's view, buyers should not be inhibited from bargaining vigorously so as to obtain lower prices that they can pass on to their customers. However, if the Director's examination reveals that a buyer possessing significant purchasing power has prevailed upon a seller to grant an illegal advantage over a competitor, the Director will consider whether or not such behaviour might constitute the counselling of a price discrimination offence. Similarly, other provisions of the *Competition Act* are available to deal with situations where competition is harmed as a result of the actions of purchasers with market power.

## 2.3 TYPES OF TRANSACTIONS COVERED

### 2.3.1 GENERAL

Most of the substantive provisions of the *Competition Act* refer to "supply" rather than "sale." The requirement of a "sale" in section 50(1)(a) limits the application of the price discrimination provision to a sale, as opposed to other forms of supply such as renting, leasing and licensing.

The words "any sale" and "is available" imply that section 50(1)(a) requires only one sale to occur for an offence to be committed if that sale was part of a practice of discriminating among competing purchasers. The section does not require that the competitors actually purchase articles at higher effective prices in order for them to be considered victims of price discrimination. They may, for example, refrain from

purchasing articles from the seller precisely because, absent the price concessions which a competitor is receiving, the seller's offering is simply not attractive enough to induce them to make a purchase.[3]

The transfer of legal title will generally distinguish a sale from a non-sale. For example, "consignment arrangements" do not give rise to a "sale" for the purposes of this provision. Consignment arrangements are usually transactions where the article remains the property of the original seller until the dealer disposes of it to the ultimate consumer.[4] Accordingly, section 50(1)(a) will not apply.

### 2.3.2 TRANSACTIONS BETWEEN AFFILIATES

Section 50(1)(a) does not provide a specific affiliate exception in the *Competition Act*. As such, transactions between affiliates may be subject to section 50(1)(a). On the other hand, affiliates may transfer articles at a price reflective of their interests acting as a single economic entity. In such circumstances "concessions" are not negotiated subject to the competitive conditions of the marketplace. Firms that are parties to such transactions may not be granting "concessions in respect of a sale" as the section requires. Transactions of this nature would not be subject to further review.

A situation that is similar to a transaction between affiliates involves price concessions given to a purchaser who assisted the seller in entering into the business of supplying an article. For example, a purchaser who finances the plant of an unrelated corporation may expect a concession over and above what is available to its competitors. The Director will not ordinarily consider the price concession given by the supplier to its benefactor to raise a question under section 50(1)(a) where the concession is essentially a form of return to the purchaser on its investment in the seller's business. Accordingly, the seller can grant price concessions over and above those attainable by competing purchasers of like quality and quantity without likely raising a question under section 50(1)(a).

## 2.4 TYPES OF PRODUCTS COVERED

Most of the substantive provisions of the Act apply to "product(s)." Section 2 of the Act defines "product" as including both "articles" and "services," which themselves are further defined.

---

3 That does not mean that section 50(1)(a) will be invoked to remedy refusal to supply situations. Other provisions of the *Competition Act*, such as section 75, are designed to deal with refusals to supply, in given circumstances.

4 Note that the Competition Tribunal may order that a seller discontinue the practice of consignment selling under section 76 of the *Competition Act* where it finds that the practice has been introduced for the purpose of price discriminating.

The price discrimination provision, unlike most others, applies only to the sale of "articles." It makes no distinction between articles which may be purchased for resale and those which may be purchased as business inputs or otherwise consumed by the purchaser. The section does not apply to services except for those specifically included in the extended definition of "article" provided by section 2 of the *Competition Act*.

Section 2 defines articles as follows:

> 'article' means real and personal property of every description including
> (a) money,
> (b) deeds and instruments relating to or evidencing the title or right to property or an interest, immediate, contingent or otherwise, in a corporation or in any assets of a corporation,
> (c) deeds and instruments giving a right to recover or receive property,
> (d) tickets or like evidence of right to be in attendance at a particular place at a particular time or times or of a right to transportation, and
> (e) energy, however generated;

Section 2(d) raises the issue of the extent to which the price discrimination provision applies to transport services. In the Director's view, the provision applies to passenger transport but not to freight transport because the word "tickets" is used in relation to passengers, not goods. The rest of section 2(d) modifies or is subsidiary to the word "tickets." In practice, the scope of application of section 50(1)(a) to passenger transport is likely to be limited because of the requirement that purchasers be competitors.[5]

When the transaction involves the sale of an article and a service, it is the Director's view that the provision does not apply if the article is supplied only incidentally to the sale of the service.

For example, consider a contract for the sale of maintenance services that involves the supply of various repair parts. The Director would not have reason to believe that a price discrimination offence has been committed if the value of the repair parts is small relative to the maintenance service, if the parts are not normally charged to the customer separately from the service, or if there are other indications that the service is the principal part of the transaction.

---

5 See part 2.5.5 for the more general point that since consumers (individuals) do not normally compete in the business of reselling or processing articles for resale, sales to consumers are not affected by the price discrimination provision.

A second example of this nature concerns the sale of an article whose only value is that it entitles the owner to have a service performed. The Director does not consider the sale of postage stamps, for example, to be a sale of articles within the meaning of section 50(1)(a), since the stamp is a means of selling postal services.

## 2.5 SALE MUST DISCRIMINATE

The section specifically defines what constitutes discrimination. Only sales that place a firm at a purchasing cost disadvantage vis-à-vis one or more of its competitors are considered discriminatory, and then only if they involve articles of like quality and quantity, in transactions taking place or being negotiated within the same time frame.

The form of the discrimination is the granting of a "discount, rebate, allowance, price concession or other advantage" which is "over and above" the concession or advantage "available" to "competitors" of a "purchaser."

### 2.5.1 "DISCOUNT, REBATE, ALLOWANCE, PRICE CONCESSION OR OTHER ADVANTAGE"

The terms "discount," "rebate," "allowance," and "price concession" typically refer to monetary arrangements advanced by a seller which reduce the effective price paid by a purchaser to a level below that of the face or nominal transaction price. These are familiar terms and are part of common business practice.

The Director is of the view that the general expression other "advantage" is to be interpreted in a manner consistent with the meaning of the specific words (i.e. "discount," "rebate," "allowance," and "price concession") which precede it in the section. Accordingly, "other advantage" can be used to describe any monetary arrangement by which the seller confers upon the purchaser a lower net price per unit of article sold. Advantages of any other sort, such as the use of equipment, the provision of technical assistance, gifts of tickets to theatrical or sporting events, to name a few examples, would not normally fall within the meaning of "other advantage" as contemplated by the section.

The offering of credit arrangements would generally fit within the concept of "other advantage" and, depending on the payment terms themselves, might well fit the meaning of a "discount." If a seller, for example, gives some purchasers 30 days to pay the face value of an invoice, while requiring their competitors to pay the face value either at the time of delivery or in a time frame of less than 30 days, the result may well raise a question under section 50(1)(a). Similarly, if one purchaser is given

a "discount" for prompt payment, while competitors are not accorded similar treatment, the Director may wish to consider the matter further.

On the other hand, section 50(1)(a) does not restrict sellers from requiring that purchasers meet reasonable conditions to qualify for a prompt payment discount or other advantageous credit terms. For example, a seller is entitled to notify its customers that late payments would cause the suspension of a prompt payment discount or other concessions for a period of time. In the Director's view, this would constitute a reasonable incentive to pay debts in a timely fashion and should raise no issue under the price discrimination provision.

In summary, section 50(1)(a) should not inhibit sellers from withholding credit terms from certain customers for cause (e.g., new unproven accounts or those which have developed a history of payment problems). The question is whether or not the withholding is reasonable (i.e. cause-related), having regard to all of the circumstances.

### 2.5.2 "OVER AND ABOVE"

The law only applies to situations in which a seller, as a practice, grants advantages to one firm that exceed those attainable by the firm's competitors. "Over and above" simply carries the connotation of being superior to, greater than, or more valuable than that which others with an entitlement under the provision may obtain.

### 2.5.3 "AVAILABLE"

**2.5.3.1 Disclosure** – An offence occurs under section 50(1)(a) when a seller grants a price concession to one purchaser over and above what is "available" to that purchaser's competitors (assuming the other elements of the offence are present). If the same price concessions are "available" to all competing purchasers, action by the Director would be unwarranted, even if some purchasers, in the end, paid higher prices than others. The key issue is the nature of disclosure that will satisfy the Director that a price concession is "available."

The dictionary definition of "available" refers to such expressions as: "at one's disposal"; "within one's reach"; and "accessible or obtainable." These definitions capture the sense in which the Director will interpret the term "available" in assessing matters under section 50(1)(a). A price concession that is accessible or obtainable by a purchaser, but not acted upon, is nevertheless "available" to the purchaser and will raise no issue under section 50(1)(a).

Section 50(1)(a) does not require the seller to "offer" price concessions, in contrast to section 51 which requires those who grant promotional allowances to offer them on proportionate terms to competing purchasers. However, the Director takes the view that the obligation on the seller to disclose a price concession to competing purchasers varies depending on whether the price concession is granted unilaterally by the seller or results from negotiations with a purchaser.

If the seller unilaterally decides to offer a price concession, such as a volume rebate, it should be disclosed to competing purchasers of like quality and quantity for it to be considered "available" in terms of section 50(1)(a). Whatever form the communication takes, it should be sufficiently timely and complete to enable the purchaser to make a sound business judgment as to the measures necessary to achieve the concession.

By contrast, such broad disclosure is not required if the seller grants a price concession only as a result of negotiations initiated by a purchaser who agrees to provide a service in exchange for the concession. Here, in order for the Director to be satisfied that the concession is "available," the seller's sole obligation is to respond to the initiatives of those competing purchasers who ask for similar concessions on similar terms as the favoured purchaser. For example, assume a purchaser negotiates a concession on the basis that it will take delivery at the seller's dock in order to distribute the article itself to remote locations. The seller, in the Director's view, is not obliged to communicate the same deal to all competing purchasers. However, if a competitor of the favoured purchaser offers to provide essentially the same service, a question under section 50(1)(a) would likely be raised if the same concession is not extended to this purchaser.

As already stated, section 50(1)(a) does not oblige the seller to offer a concession to competing purchasers (although the seller may choose to do so for business reasons). If it did, there would be little incentive for a purchaser to negotiate a deal knowing that it must share the advantage with other customers who benefit, at no cost to themselves, from the purchaser's innovation and negotiating skill. While, in the Director's view, the seller should be prepared to extend the same concession to competing purchasers who offer to provide similar services as a favoured purchaser, the seller is not required to communicate this concession to a purchaser who simply asks for the seller's "best deal," as a matter of form.

Finally, other situations may arise where a purchaser approaches a seller and seeks to obtain a concession without offering to perform any service for, or meet any condition of, the seller. If the seller grants such a concession to the purchaser, but does not extend it to competing purchasers of like quality and quantity, the matter would likely raise a question under the section.

**2.5.3.2 Conditional Discounts** – Conditional discounts are a common form of price concession that should raise no issue under the section as long as they are "available" to competing purchasers of like quality and quantity. These are discounts that are granted if the purchaser fulfills a condition such as reaching a sales objective or performing some service for the seller.

There are two areas where the seller should take special care in order to avoid raising a question under section 50(1)(a). First, the conditions to achieve the discount should not be contrived to unreasonably favour or deprive certain customers. A condition that appears to have little or no commercial value to the seller will raise an issue of whether the advantage would be truly "available" to competing purchasers of like quality and quantity, or whether the condition is designed to prevent one or more of the purchasers from obtaining the advantage. This may arise where the seller knows that the purchaser in question does not possess the required facilities and cannot obtain them anywhere in the market on usual trade terms.

Second, the condition should be verifiable as to when it has been satisfied and the seller should consistently grant the price concession when the condition is met.

Some of the most common vehicles for providing conditional price concessions are discussed below. These are: "volume-based discounts," "functional discounts" and "exclusive dealing discounts." The comments also apply to other types of arrangements, such as, meeting minimum percentage-of-requirements targets, lengthening contract terms, or offering resale prices below maximum levels.

**2.5.3.3 Volume-based Discounts** – Sellers are not obligated to grant price concessions based on quantity differences. They may, if it suits their purpose, establish a single price system regardless of purchase volumes. Although the single-price option is open to sellers, many choose to offer volume discounts or rebates, according to which net prices decrease as the quantities purchased increase. Volume rebate plans are a well-established practice and do not ordinarily raise an issue under the section.

Sellers providing volume rebates may prepay a price concession based on estimated or historical purchases, so long as they are prepared to make appropriate adjustments to the price paid by the purchaser should the actual purchases fall short of the quantity required to obtain the concessions.[6]

Certain price concessions relate to increases in the volume purchased compared to a previous period (these are variously called "growth bonuses," "volume incentive

6 See also how the meaning of "like quantity" impacts on volume discount schedules, discussed in part 2.5.8.2, below.

allowances," "fidelity discounts" or "loyalty rebates"). For example, the seller may grant a price concession to customers who increase their purchases by 10 percent over the previous year. Thus, one purchaser may qualify for this price concession buying only 400,000 units in Year 2 while a competing purchaser buys 500,000 units but does not qualify due to a failure to increase purchases by the required amount. However, if the conditions for achieving the concession were known in advance to both purchasers, then it would appear that the advantage is "available" to both. Failure on the part of the second purchaser to achieve the incentive does not affect its availability. Under these circumstances an inquiry by the Director would not likely occur.

**2.5.3.4 Functional Discounts** – Questions have often arisen about the granting of "functional" discounts by sellers; that is, price concessions which are granted in return for the purchaser performing some service which the seller would otherwise have to perform at its own expense, such as the provision of warehouse facilities, transport of goods, or other services. If, instead of arranging for the provision of the service through the medium of a functional discount, the seller merely entered into a separate contractual arrangement for the provision of the service, no issues under the section would be raised.

Should buyers and sellers use functional discounts in transacting business between themselves, there is no reason to suppose that the result will necessarily offend section 50(1)(a). So long as the seller's functional discount offerings are "available" to competing purchasers with respect to purchases of like quality and quantity, the Director's view is that such discounts would not raise an issue under the section. On the contrary, buyers and sellers should be encouraged to seek together the most efficient way of transacting business between them; if the purchaser can transport or warehouse goods more efficiently than the seller, then the seller should not be prevented from offering inducements to purchasers willing to perform these services.

The fact that a firm could only qualify for a discount by agreeing to perform services which the firm does not presently offer does not, by itself, mean that the advantage is not available. For example, the seller may make available a discount on the condition that the purchaser provide warehousing for the seller's product. The Director would not examine the matter further if the seller reasonably believes that the purchasers in question are capable of obtaining warehousing facilities, even if they do not presently possess them.

**2.5.3.5 Exclusive Dealing Discounts** – Other forms of discounts or price concessions have been the subject of controversy under the section. Should a seller, for example, be able to offer customers a separate price concession in return for the customer's agreement to deal exclusively in the seller's articles?

A price concession granted in return for the purchaser's agreement to deal exclusively in the seller's products will ordinarily not raise a question under the section if it is "available" to competing purchasers of articles of like quality and quantity. Customers faced with the question of whether they wish to take advantage of the concession will no doubt wish to consider many factors in deciding to accept the offer of an exclusive dealing discount. Not the least of these factors will involve an assessment of the relative advantages they may be sacrificing by depriving themselves of access to competing lines of goods.

If a purchaser concludes that greater advantage lies in continuing to deal in a number of competing brands or lines of articles, the Director would likely consider it unreasonable to question the transaction merely on the basis that other purchasers have reached the opposite conclusion.[7]

## 2.5.4 PURCHASER

**2.5.4.1 General** – "Purchaser" is the term used in section 50(1)(a) to describe a customer to whom the seller gives some form of price concession that is "over and above" the concession available to one or more of its competitors.

The issue often raised by the term is whether the recipient of a volume-based price concession is a legitimate "purchaser" for the purposes of the section. Does the quantity purchased by a buying group qualify for a volume rebate or should only the quantities purchased by each of its members qualify? Is it the franchisor's volume or that of its franchisees that qualifies? Can the seller grant a price concession based on the international purchases of a group of multinational companies or is it restricted to considering only the purchases of the Canadian subsidiary of this group?

In determining which party is the "purchaser," the Director is prepared to review all the circumstances of the transaction. The true purchaser in any transaction will normally be the firm that has made the necessary commitment to acquire the goods sold.

7 Note that section 77 of the Act permits the Competition Tribunal to make an order prohibiting the practice of granting price concessions to induce exclusive dealing if certain requirements are met, including the requirement that the practice lessens or is likely to lessen competition substantially.

In most transactions, there is little ambiguity about the identity of "the purchaser". The seller may reasonably determine, in a simple sale transaction, that "the purchaser" is the party that ordered the articles, took delivery of them and paid the seller for them.

However, none of these factors is necessarily determinative. It is the substance of the transaction taken collectively, and not its form or any single factor, which counts.

The seller may reasonably determine that a buying group is its purchaser in circumstances where the group has undertaken liability to pay for the goods. In these circumstances, even though the individual members may take delivery of the goods, the Director will likely view the buying group and not the individual members as the purchaser for the purposes of section 50(1)(a). Moreover, in many situations, the buying group's undertaking is valuable to the seller in that it now shares the interest of, and generally assists, the seller in ensuring that the members buy the seller's article and not a competitor's product, often saving the seller the promotion and sales cost of convincing each member of the group separately to buy the product.

Similarly, the seller may reasonably determine that the franchisor is its purchaser, even in situations where the franchisee orders and is solely liable for the articles. If the seller has negotiated with the franchisor the right to supply its franchisees, and the franchisor can contractually compel its franchisees to deal with suppliers that it designates or approves, this commitment is likely sufficient, in the Director's view, to justify the seller's granting a larger discount than it would grant to the competing independent outlet that acquired the same volume as the franchisee. Due to the franchisor's commitment, the seller will justifiably view a transaction with the franchise system as one that is quite different from a transaction with the independent outlet.

Finally, the seller may reasonably determine that the multinational parent of the Canadian subsidiary is the true "purchaser" for the purposes of section 50(1)(a), even though the subsidiary orders and pays for the articles, where the seller or its parent has negotiated with the purchasing subsidiary's parent the right to supply the multinational subsidiaries at a discount determined by those negotiations.

Each of these situations is examined in more detail below.

**2.5.4.2 Buying Groups** – The term "buying group" refers to any association of independent firms which combines the volumes of the members' purchases for the purpose of qualifying for or earning price concessions based on volume. This definition

includes a wide variety of different organizations offering a range of services to their members.

Buying groups are prevalent in many industries. From the perspective of group members, participation in the group serves to reduce purchase costs as the group's purpose is to qualify for volume discounts or rebates which would be unattainable to the individual buyers. Due to these savings, small firms are able to be more competitive in terms of resale prices, especially in competition with their larger rivals. Buying groups are also often able to obtain more information about the price concessions and other advantages that sellers offer than the members can obtain negotiating individually.

Buying groups appeal to sellers since many of them assist in reducing marketing costs and credit risks, which would often be much higher if the seller had to deal with numerous small buyers instead. Consumers benefit from the existence of buying groups to the extent that reduced purchasing costs (resulting not only from price concessions themselves, but also from improved efficiencies on the seller's part) are passed on to consumers in the form of lower retail prices.[8]

When confronted with a buying group, three characteristics especially would appear to be important indicators relevant to the seller's determination of whether the group is the true purchaser. These are:

1) the group should be a legal entity capable of acquiring property in the articles purchased;
2) the group should in fact acquire title in the articles, although it need not take possession; and
3) the group should be liable and assume responsibility for payment of the goods purchased.

Concerning the first, the group can adopt any legal form it wishes so long as the group, in that form, can be held legally liable for purchases made in its name.

Regarding the second, a buying group need not document a second transaction in which it conveys the articles to its members if this transaction can be deemed from the circumstances or by agreement with the members. Nor does the seller have to concern itself with the agreement between the group and its members so long as it is satisfied that the group has purchased the articles.

8 Care should be taken, however, to ensure that members of a buying group do not use the group as a forum for agreeing on resale prices, output restraints, market allocation or similar agreements in a manner that would violate section 45, the conspiracy provision, of the *Competition Act*.

Finally, with respect to the third characteristic, if the seller requires other purchasers to meet certain financial requirements, the group should be in a position to satisfy sellers that it has the ability to meet those requirements. For example, the seller may normally require its purchasers to be able to satisfy all or a portion of the debts incurred in its name. In these circumstances, the buying group could meet this requirement either by retaining revenues from administration or membership fees and undistributed rebate payments, by agreement with its members to collect a surcharge in the event of shortfall, or by some other means. The amount of assets required to satisfy the seller in respect of the group's liability should be determined by the amount normally required by the seller of its other purchasers. Industry norms may provide an indication of what the seller would normally require.

It should be stressed that these characteristics are indicia; they are not rules or criteria that purport to definitively establish which party, the buying group or its member, is the "purchaser" for the purposes of section 50(1)(a). However, in the absence of these indicia, it may appear that the buying group is simply an artifice established to allow otherwise separate purchasers to enjoy larger rebates than those to which they are legally entitled and the Director would want to review the matter further.

For example, assume a seller grants a price concession to a buying group based on combined purchases of various members. Assume further that the seller can only take legal recourse against the individual members, and not the buying group, if purchase obligations are not met. If the seller requires its other purchasers to take liability and satisfy this liability when debts are incurred, it would appear that the seller gave a concession to the buying group knowing that it was not a "purchaser" for the purpose of section 50(1)(a). If the seller ordinarily ceases to deal with a purchaser that consistently refuses to honour purchase obligations, but continues to deal with a buying group that acts in the same manner, doubt would be cast on the validity of the seller's acceptance of the group as a purchaser for the purpose of granting price concessions under section 50(1)(a).

The seller may decide that it is prudent to require or accept a buying group member's guarantee or a third party's guarantee of the debt owed by the buying group. The Director will generally not question this decision; however, if the buying group is unable or unwilling to satisfy its liabilities when called upon to do so, an issue may be raised as to the identity of the true purchaser for the purposes of section 50(1)(a).

**2.5.4.3 Franchise Systems** – In many instances, franchise systems are operated in a manner whereby the franchisor purchases articles directly from its suppliers; alternatively, the franchisee may make purchases on behalf of the franchisor. The fran-

chisor will be liable for payment for the article and may actually pay the seller directly for purchases of goods that its franchisees resell. The franchisor may even take delivery of the articles and distribute them to its franchisees. These situations are unlikely to raise issues under the price discrimination provision.

However, the franchise system's affairs may be organized so that the franchisee purchases articles on its own behalf and it is the only legal entity liable for payment for the articles purchased. This situation, while raising more questions than the alternatives raised above, should not necessarily lead to the conclusion that an offence would be committed if the seller grants the franchisor a price concession based on the calculation of the volume of the total purchases of the franchisees.

In reviewing the matter, the Director may determine that the seller has legitimately granted a concession based on the entire franchise system's purchases in light of the commitment made by the franchisor to the seller. This will likely be the case if the franchisor commits, by contract, all of its franchisees to purchase from sellers designated or approved by the franchisor.

In these circumstances, the seller may be quite justified in viewing the franchisor and not the franchisee as its true purchaser, for the purposes of section 50(1)(a). The substance of this transaction, as in the transaction where the franchisor was liable for purchases, is that the seller is dealing with a single economic unit, not several distinct units of franchisees. Accordingly, the seller may grant a price concession based on the calculation of the purchases made by all of the franchisees without likely causing further examination by the Director.

**2.5.4.4 International Volume Price Concessions** – The third situation which deserves special mention concerns transactions involving what are commonly called "international volume price concessions." A firm receives an international volume price concession where the seller charges a price based on the total international volume of all purchases. Had the seller not considered the volume purchased by the international affiliates, the price charged would have been higher. A potential issue under section 50(1)(a) is raised where competing purchasers in Canada order, take title and liability, and pay for a like quantity of the article from a Canadian seller, but one of the purchasers does not have access to international volume price concessions and, therefore, pays a higher price than its competitors.

An international volume price concession will not likely raise an issue if the parent firm contracts to purchase these articles and commits its Canadian subsidiary and other affiliates to purchase from the seller. Indeed, but for this agreement, the Canadian subsidiary may have chosen a different supplier for the same articles. In

this situation, the Canadian subsidiary simply makes orders and pays for the articles pursuant to the basic agreement.

Seen in this light, it is quite reasonable for the seller to identify the multinational parent as the true "purchaser" for the purposes of section 50(1)(a). As in the franchise situation described above, the substance of this transaction from the seller's point of view is the sale to a single economic unit, not a sale to each of its diverse parts. Accordingly, the seller or its subsidiary may, in Canada, grant a price concession that accounts for the total volumes purchased by the multinational without likely offending section 50(1)(a).

### 2.5.5 "COMPETITORS OF A PURCHASER"

Section 50(1)(a) only prohibits a seller from knowingly discriminating against "competitors" of a purchaser of articles from it. If a seller has granted a price concession to one customer that is not available to another purchaser of like quality and quantity, it is then necessary to determine whether these customers compete in the same market.

The primary concern motivating the enactment of the price discrimination legislation was the adverse effect that price disadvantages might have on the competition among purchasers in the resale of the articles affected. Accordingly, it is not competition in the purchase but competition in the downstream market of sale which is of relevance. Since the language of the provision does not distinguish between articles purchased for resale or articles purchased as an input of production, both types of sales are considered by the Director under the section.

The Director's assessment essentially attempts to determine whether or not the alleged victim(s) of the purported price discrimination are rivals for the custom of the same buyers pursued by the allegedly favoured firm. Whether or not firms are competitors is essentially a question of fact which the Director attempts to assess by examining the market circumstances in existence at the time of the disputed transaction(s).

This exercise will involve identification of the relevant product markets and geographic markets in which the purchasers operate. Obviously, if the purchasers are not in the same geographic and product markets, they would not be considered competitors.

The Director is guided by the methodology of defining relevant markets and competitors described in the *Merger Enforcement Guidelines*.[9] Essentially this involves a measure of how one firm's pricing policy may be affected by the behaviour of other firms.

What this means for the seller vis-à-vis the price discrimination provision is that those customers that set their prices with close regard to the pricing policies of other customers are likely "competitors" and should be accorded equal pricing treatment, if all the other elements of the section are satisfied.

In practice this may be revealed to the seller in the course of doing business with its customers. The seller will often become aware of customers views, strategies and behaviour with respect to the market in which they operate and who they consider to be their direct competitors. For example, the seller may know which of its customers pays close attention to each other's advertised prices. Alternatively, the seller may be approached by a customer seeking a price concession to enable it to better compete with another of the seller's customers. Both of these situations should give the seller an insight as to those purchasers that it should consider competitors.

Where a seller may be in some doubt about the "competitor" status of one or more customers, there is nothing which would preclude the seller from making inquiries of the customers sufficient to resolve the doubt.

A seller who could not reasonably have been expected to know that particular customers were competitors, and who accordingly failed to deal with them similarly would not face further review by the Director because the "knowledge" requirement of the section would not have been met. However, a seller's willful blindness will not suffice to escape the "knowledge" requirement.[10]

Finally, since individual consumers do not normally compete in the business of reselling or processing the articles, sales to these consumers are not affected by the price discrimination provision.

Similarly, sales to non-profit organizations such as educational and charitable institutions are not ordinarily subject to the provision. For the same reason, sales to federal, provincial and municipal governments are ordinarily not covered by the provision. On the other hand, sales to non-profit organizations, Crown corporations or public utilities engaged in actual or potential competition with other enterprises are subject to section 50(1)(a).

---

9 See the Director's *Merger Enforcement Guidelines*, part 3, "Market Definition" pp. 7-18.
10 Willful blindness is discussed in part 2.5.9.

### 2.5.6 RELEVANT "TIME"

The Director's examination will focus on determining what price concessions are "available" to competitors "at the time the articles are sold" to the allegedly favoured "purchaser."

In the case of straightforward single-transaction sales, the issue of "time" is not complicated. However, not all sales are of this type. Some may involve, for example, complex purchase and sale agreements providing for the prices which will apply over an extended period, perhaps determined by the application of some agreed upon formula or schedule.

Suppose, for example, that two parties agree to the sale of an article in year 1, with an option to purchase a minimum volume in year 2 at the year 1 price. If in year 2 the seller raises its prices generally, but in conformity with the above agreement continues to make sales in year 2 to one customer at the year 1 price, competitors may argue that they are being discriminated against in terms of purchases made in year 2.

In this example, the Director would consider that the relevant "time" for purposes of comparison with the year 2 prices being paid by the competitors was the "time" at which the sale agreement had been entered into in year 1. As long as the competitors also had "available" to them the same option of entering into a similar forward-reaching agreement for articles of like quality and quantity, an issue would not be raised. It would not be considered relevant in the above circumstances to compare only the prices being paid by all parties in year 2.

Sellers are, after all, not restricted from changing their prices (either upward or downward) over time. Section 50(1)(a) should not be used to extract from sellers prices which are no longer generally available because of changed market circumstances.

It is difficult to formulate one guideline with respect to the determination of the relevant "time" to cover all conceivable marketing circumstances. In some cases, the relevant time may be the time when all of the elements of the definition of a "sale" – offer and acceptance, transfer of title and consideration – were completed. In others, such as the example discussed above, determination of the relevant time may involve looking beyond particular individual transactions to discover the "time" at which the pricing which governs those transactions was agreed upon between the parties.

### 2.5.7 "DIRECTLY OR INDIRECTLY"

Section 50(1)(a) is all-encompassing with respect to the means of discrimination. Simply put, the seller cannot do by indirect means that which would be impermissible if done directly. For example, assume competing purchasers X and Y buy like quantities of the same article from a seller and each is entitled to the same volume price concession under section 50(1)(a).

However, the seller incorporates a separate company whose sole purpose is to sell this article and grant concessions to X that are larger than the concessions available to Y. While it perhaps cannot be said that the seller has, in this case, discriminated directly against a competitor of a purchaser of articles from it, it would appear that it has discriminated indirectly against Y.

### 2.5.8 "LIKE QUALITY AND QUANTITY"

The term "like" does not mean "identical." It is a relative term to be given the meaning "similar" or "not dissimilar." Only sales of articles of "like quality and quantity" are subject to the price discrimination provision. Sales which do not involve articles of "like quality and quantity" may take place at different prices, involving the granting of different price concessions or other advantages, without contravening section 50(1)(a).

**2.5.8.1 Like Quality** – In determining whether or not articles are of "like quality" several attributes may be considered by the Director. The physical or chemical composition of the articles, their functional or performance characteristics, and their physical appearance may all be relevant factors. In addition, the concept of fungibility may serve as a useful test. If two articles command similar retail prices at the same time this would be a suggestion as to their likeness. Dissimilar prices would suggest that buyers believe the products are not of "like quality."

The determination of "like quality" is not ordinarily a vexing issue in price discrimination matters. Most matters, in fact, deal with the prices paid by competitors purchasing identical articles.

However, like quality can be a difficult issue when the seller's offerings include articles which are, to some extent, deliberately differentiated for any number of reasons. The seller's offerings may include articles which differ only in physical appearance (e.g. they may be offered in a variety of colours, or exhibit other cosmetic-only differences). They may differ somewhat functionally, as is often the case

with a wide assortment of consumer electronics products. Finally, they may be somewhat differentiated by virtue of labelling or trade-marks.

In the Director's view, a trade-mark or label alone may be sufficient to distinguish otherwise similar articles from one another for the purposes of the price discrimination provision. In general, a trade-mark or label or other attribute which causes consumers to perceive a difference significant enough to be reflected in the price they are willing to pay for the article suggests to the Director that the article so differentiated should not be considered to be of "like quality" when compared with physically identical articles lacking the trade-mark or other differentiating feature. Two examples will illustrate how this applies.

Assume that a supplier manufactures identical articles sold to retailers under a brand name or label of the supplier's choice, and a brand of the retailer's choice. Assume further that the supplier engages in heavy local and national advertising to promote its own brand, successfully cultivating a consumer preference for it, and that the advertising is successful to the extent that consumers ordinarily pay a different price for it than they pay for the retailer's private brand. In this situation, the brand differentiation will generally be sufficient to cause the Director to conclude that the articles are not of "like quality."

In the second example, assume that a supplier sells articles to well-informed commercial enterprises for their own consumption. If different labels were to be affixed to the containers, it would likely not matter to these customers, who would normally be aware that the articles are functionally and in every other way identical. In this case, given that the purchasers do not indicate a purchasing preference based on label differentiation, the Director would conclude that the articles were of "like quality."

**2.5.8.2 Like Quantity** – It is difficult to provide a numerical rule of thumb as to "like quantity," that will apply to all industries. In order to determine whether one quantity is "like" another, the Director will generally consider industry practices in pricing the articles.

Volume rebate plans have already been discussed in part 2.5.3.3. Such plans may, in some circumstances, prompt an issue under the Act relative to what is considered "like quantity."

The chief area of concern is with respect to multi-line sellers of articles, who may wish to aggregate purchasers' volumes of different articles for the purpose of calculating volume rebates. Such sellers may have a variety of customers, including some

who purchase all or most of the articles offered by the seller, and some who purchase only one, or a few of them.

No issue is raised by the seller aggregating different categories of articles as long as the related volume rebates are available to competing purchasers.

The purchaser who may pick and choose among the articles, when all are available for purchase from the supplier, should not, in the Director's view, be able to complain successfully about the larger rebates earned by competitors who take full advantage of the supplier's broad offering. If the same rebate scheme was available to all buyers, failure to take advantage of what was on the table should not afford sufficient grounds for complaint.[11]

### 2.5.9 "KNOWLEDGE"

To commit an offence under the price discrimination provision, a seller must participate in a sale that discriminates "to his knowledge." This amounts to a requirement that, at the time of the sale, the seller have "knowledge" with respect to each and every one of the factors which, taken together, constitute a discriminatory sale under section 50(1)(a).

Such "knowledge" may be determined by the Director by resort to direct evidence, or it may be inferred from all of the circumstances surrounding the case.

The concept of willful blindness precludes a seller from avoiding liability by deliberately remaining ignorant. Willful blindness arises where a person who has become aware of the need for some determination declines to make the inquiry in order to avoid learning the facts. The person who deliberately fails to inquire while knowing there is reason for inquiry is deemed to have knowledge. An example of a situation where the doctrine of willful blindness applies may occur when a seller arbitrarily categorizes its purchasers into broad classifications and grants rebates based upon forecast purchase volumes without adjusting for actual volumes purchased. Negligence may be a mitigating factor in some situations, but a question may be raised where the seller is aware of the risk that its conduct could bring about a result prohibited by section 50(1)(a), and still deliberately persists in omitting to make the necessary inquiries.

An example will suffice to illustrate how the "knowledge" requirement is assessed by the Director. Suppose that a seller has two customers, one operating a retail

11 A concession which induces customers to acquire other products from the supplier may raise issues under the "tied selling" provision in section 77 of the Act.

establishment in Montreal and the other operating a similar establishment in Toronto. Based on all of the information available to the seller, these customers are not in competition with one another in any way.

Although they purchase articles of like quality and quantity, the seller price differentiates between them, as the law permits it to do.

Unknown to the seller, the Montreal retailer, who is paying the higher prices, opens a store in Toronto, shipping stock from its Montreal location to its new Toronto outlet. Now the two retailers are competing purchasers but the seller does not realize that their relationship has changed. The seller continues to price differentiate between them on the usual basis.

A complaint brought to the Director at this point by the Montreal retailer would fail on the grounds that the seller clearly had no "knowledge" that discrimination occurred between competing purchasers.

If, on the other hand, the Montreal retailer had, at the outset, advised the seller about the opening of the Toronto outlet and the price differentiation had persisted, the Director would be forced to conclude that the seller had possession of all of the information required to recognize that the purchasers were now competing, and that the seller had not discharged the obligation to adjust its pricing behaviour accordingly.

Suppliers who make no attempt to identify those customers who may be competing purchasers run the risk that their price concession plans may ultimately offend against the section.

## 2.6 "A PRACTICE OF DISCRIMINATING" – SECTION 50(2)

The word "practice" is not defined in the *Competition Act* although it is found in other sections of the Act: sections 45, 61, 76, 77, 79 and 81. For the purposes of section 50(2), it is the Director's view that a "practice" refers to a systematic pattern of behaviour as distinct from isolated acts or reactions to competitive market changes. "Practice" certainly contemplates more than the adoption of a temporary expedient designed to win a new account, enter a new market or match a competitor's pricing initiatives.

The number of repeated incidents or the length of time required to constitute a practice may vary depending on the nature of the article and the market concerned. Generally, the longer the seller charges different prices to two competing purchasers

of like quality and quantity and the more often this occurs, the more likely it is that a sale is part of a practice of discriminating. However, in considering whether or not a given sale is part of a practice for the purposes of this section, the Director will consider not only the frequency and the duration, but also the consistency and purpose of the pricing behaviour.

Temporary allowances granted to subsidize customers in meeting their competitors' prices will usually not constitute a practice of discriminating. Occasional selective price concessions or the granting of free goods for events such as store openings, clearance or anniversary sales or similar one-time offers would not likely be viewed as part of a practice of discriminating. Similarly, advancing generous credit terms to attract a new account should not normally constitute a practice.

## 2.7 THE COOPERATIVE EXCEPTION – SECTION 50(3)

"Paragraph (1)(a) shall not be construed to prohibit a cooperative association, credit union, caisse populaire or cooperative credit society from returning to its members, suppliers or customers the whole or any part of the net surplus made in its operations in proportion to the acquisition or supply of articles from or to its members, suppliers or customers."

In the view of the Director, the exception provided by subsection 50(3) is restricted to the associations listed in the subsection. It is evident that the subsection does not exempt all conduct engaged in by these associations from the price discrimination provision.

# APPENDIX 1
# OTHER RELEVANT SECTIONS

Other sections of the *Competition Act* may be relevant to fact situations raising issues of price discrimination.

- **Section 50(1)(b)** (regional price predation) prohibits business persons from engaging in the policy of selling products in any area of Canada at prices lower than those charged elsewhere in Canada with the effect, tendency or design of substantially lessening competition or eliminating a competitor. Sellers may choose to reduce prices by granting price concessions such as discounts, allowances or rebates. Such price differences do not raise issues under section 50(1)(a), however, unless the purchasers compete in the same market.

- **Section 50(1)(c)** (predatory pricing) prohibits business persons from engaging in a policy of selling products at prices unreasonably low, having the effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect. Price concessions granted by a supplier possessing market power may give rise to concerns under this provision in certain circumstances. The Director's *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* provides information on how allegations of predatory pricing are examined by the Director.

- **Section 51** (disproportionate promotional allowances) applies to certain price concessions offered or granted for advertising or display purposes. These concessions must also be collateral to a sale or sales of products. Allowances applied directly to the selling price, for example in the form of reductions appearing on the face of the invoice, are excluded from the definition in subsection 51(1). Section 51(3)(c) establishes rules of proportionality that differ significantly from the provisions of section 50.

  Section 51 provides as follows:

  > (1) In this section, "allowance" means any discount, rebate, price concession or other advantage that is or purports to be offered or granted for advertising or display purposes and is collateral to a sale or sales of products but is not applied directly to the selling price.
  > (2) Every one engaged in a business who is a party or privy to the granting of an allowance to any purchaser that is not offered on proportionate terms to other purchasers in competition with the first-mentioned purchaser, which other purchasers are in this section called "competing

purchasers", is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(3) For the purposes of this section, an allowance is offered on proportionate terms only if

(a) the allowance offered to a purchaser is in approximately the same proportion to the value of sales to him as the allowance offered to each competing purchaser is to the total value of sales to that competing purchaser;

(b) in any case where advertising or other expenditures or services are exacted in return therefor, the cost thereof required to be incurred by a purchaser is in approximately the same proportion to the value of sales to him as the cost of the advertising or other expenditures or services required to be incurred by each competing purchaser is to the total value of sales to that competing purchaser; and

(c) in any case where services are exacted in return therefor, the requirements thereof have regard to the kinds of services that competing purchasers at the same or different levels of distribution are ordinarily able to perform or cause to be performed.

The Director will first examine allowances relating to advertising and display purposes pursuant to section 51, not section 50(1)(a). Section 51 was first enacted in 1960 to cure a perceived deficiency in the price discrimination provision. However, allowances that do not meet the definition provided for advertising and display allowances in section 51 may be reviewed pursuant to section 50(1)(a).

- **Section 61(1)(b)** prohibits discrimination in the context of price maintenance. For example, questions would be raised if a seller does not directly refuse supply to a discounting distributor, but instead charges the distributor a higher price than the price charged to other distributors with a view to discouraging the discounter from ordering products.

- In the Director's view, consignment arrangements do not give rise to a "sale" under section 50(1)(a). However, consignment sales may be subject to review by the Competition Tribunal. **Section 76** provides that the Tribunal may order the seller who ordinarily sells the product for resale to cease carrying on the practice of consignment selling where it is found that the practice has been introduced by the seller for the purpose of discriminating between consignees or between dealers and consignees, or for the purpose of controlling resale prices.

- **Section 75** (refusal to deal) may be called into play if a seller effectively refuses to deal with a customer able to qualify for price concessions.

- **Section 77** concerning exclusive dealing, tied selling and market restriction, applies to price discrimination in that the definitions of those practices include offers of price concessions. Under these definitions, the section applies to practices of offering price concessions or extracting penalties on the condition that the purchaser buy products only from the seller or the seller's nominee, that the purchaser buy more than one product from the seller or that the purchaser deal only in restricted areas or in other ways as defined by section 77. In these cases, questions are raised only if the practice is likely to have exclusionary effects in the market such that competition is or is likely to be lessened substantially.

- **Section 79** (abuse of dominant position) applies to a practice of price discrimination in respect of an article or a service that is engaged in by a dominant seller and has the effect of substantially lessening competition in a market. If a seller in a dominant position engages in price discrimination for the purpose of impeding or preventing the entry of a competitor or potential competitor, with the effect that competition is or is likely to be substantially lessened, then the Director will review this practice under section 79 as well as section 50(1)(a). The Director would also consider proceeding under section 79 in situations where an enterprise substantially or completely controls a class of business and uses this position to coerce discriminatory price concessions from suppliers, with the result that competition is or is likely to be lessened substantially.

Section 36 of the *Competition Act* provides for private actions. In 1989, the Supreme Court of Canada upheld the constitutional validity of this provision. Individuals or corporations may wish to explore this avenue of redress if they are of the view that damage has been suffered as a result of conduct contrary to the criminal provisions of the Act, including section 50(1)(a). The Director would appreciate being informed of any such actions.

# APPENDIX 2
# HOW TO CONTACT THE BUREAU OF COMPETITION POLICY

## GENERAL INFORMATION

Any person wishing to contact the Director or a member of the Bureau to obtain general information, make a complaint, or request an advisory opinion is recommended to contact the following office. Complaints may also be forwarded to any of the regional or district offices of the Bureau listed below.

Resource Centre
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada
50 Victoria Street, 21st Floor
Hull, Quebec K1A 0C9

Telephone: (819) 994-0798
Fax: (819) 953-5013

## MERGERS

Anyone wishing to obtain information concerning the application of the merger provisions of the Act, including those relating to notification of proposed transactions, may contact the Mergers Branch directly at the address noted below:

Mergers Branch
Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada
50 Victoria Street, 19th Floor
Hull, Quebec K1A 0C9

Telephone: (819) 953-7092
Fax: (819) 953-6169

The Bureau recommends that notification filings be hand-delivered.

## MISLEADING ADVERTISING AND DECEPTIVE MARKETING PRACTICES

Anyone wishing to obtain general information or to make a complaint concerning the misleading advertising and deceptive marketing practices provisions of the Act should contact one of the regional or district offices listed below. Correspondence or telephone calls may also be directed to the Marketing Practices Branch headquarters in the National Capital region.

## NATIONAL CAPITAL REGION HEADQUARTERS

Marketing Practices Branch
Consumer and Corporate Affairs
50 Victoria Street
Hull, Quebec K1A 0C9

Telephone: (819) 997-4282
Fax: (819) 953-2557

## REGIONAL AND DISTRICT OFFICES

1400-800 Burrard Street
Vancouver, British Columbia
V6Z 2H8

Telephone: (604) 666-8659
Fax: (604) 666-5031

Oliver Building
10225 100th Avenue
Edmonton, Alberta T5J 0A1

Telephone: (403) 495-2489
Fax: (403) 495-2466

4900 Yonge Street, 6th Floor
Willowdale, Ontario
M2N 6B8

Telephone: (416) 224-4065
Fax: (416) 224-4687

69 John Street South, 2nd Floor
Hamilton, Ontario L8N 2B9

Telephone: (416) 572-2873
Fax: (416) 572-4216

Guy Favreau Complex
200 René Lévesque Blvd. W.
Suite 502, East Tower
Montreal, Quebec H2Z 1X4

Telephone: (514) 283-7712
Fax: (514) 496-2316

Sam Livingston Building
510 12th Avenue S.W., Suite 309
Calgary, Alberta T2R 0H3

Telephone: (403) 292-5608
Fax: (403) 292-5188

260 St. Mary Avenue
Room 345
Winnipeg, Manitoba R3C 0M6

Telephone: (204) 983-5567
Fax: (204) 983-3159

Federal Building
451 Talbot Street, Suite 300
London, Ontario N6A 5C9

Telephone: (519) 645-4119
Fax: (519) 645-5114

112 Dalhousie Street, 3rd Floor
Québec, Quebec G1K 4C1

Telephone: (418) 648-3939
Fax: (418) 648-4120

50 Brown Avenue
P.O. Box 38001
Burnside Industrial Park
Dartmouth, Nova Scotia B3B 1X2

Telephone: (902) 426-6002
Fax: (902) 426-4536

Consommation et Affaires commerciales Canada
Consumer and Corporate Affairs Canada

# DISCRIMINATION PAR LES PRIX LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

Directeur des enquêtes et recherches

*Loi sur la concurrence*

Canada

Le Directeur des enquêtes et recherches est responsable de l'application et de l'administration de la *Loi sur la concurrence*, dont l'objet est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada. Le présent document renferme les lignes directrices établies par le Directeur pour l'application de la Loi en ce qui concerne la discrimination par les prix au sens de l'alinéa 50(1)a) et des paragraphes 50(2) et (3) de la *Loi sur la concurrence*.

On peut se procurer des exemplaires du présent document ou des renseignements supplémentaires sur les sujets qui y sont abordés, à l'adresse suivante :

Centre des ressources
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada
Hull (Québec)
K1A 0C9

Téléphone : (819) 994-0798
Télécopieur : (819) 953-5013

Discrimination par les prix – Lignes directrices pour l'application de la Loi
Directeur des enquêtes et recherches
*Loi sur la concurrence*

Ce papier contient un minimum de 50% de fibres recyclées dont 10% de fibres recyclées après consommation.

© Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1992

ISSN 0836-0359
ISBN 0-662-59172-0
Catalogue nº RG 54-2/7-1992
CACC nº 10819 92-08

CACC 25 CCAC

# AVANT-PROPOS

Depuis 1935, les dispositions canadiennes sur la concurrence prévoient des sanctions pénales en cas de discrimination par les prix. L'alinéa 50(1)*a*) de la *Loi sur la concurrence*, qui renferme désormais les dispositions applicables en la matière, traduit la volonté du législateur de faire en sorte que les fournisseurs ne s'adonnent pas à des pratiques de prix qui ont pour effet d'influencer déloyalement ou de gêner la concurrence relativement à certains articles.

L'expression «discrimination par les prix», dont la portée est étendue, a de nombreuses significations, notamment en matière commerciale, juridique et économique. Cependant, la discrimination par les prix visée à l'alinéa 50(1)*a*) consiste en une pratique particulière d'établissement des prix qui s'applique essentiellement à l'activité commerciale au Canada. Pour qu'une infraction soit commise, plusieurs conditions doivent être remplies aux termes de cette disposition.

Comme l'alinéa 50(1)*a*) assimile à un acte criminel certaines pratiques d'établissement des prix, il est possible que des gens d'affaires, à cause de l'incertitude liée à l'application de la loi, s'abstiennent jusqu'à un certain point de recourir à certaines pratiques d'établissement des prix qui pourraient s'avérer saines et bénéfiques sur les marchés en cause. En raison de la complexité de son libellé, l'alinéa 50(1)*a*) peut être source de confusion, et ses divers éléments peuvent être interprétés de manière très différente. De plus, la jurisprudence pour guider les gens d'affaires est quasi inexistante en la matière.

En conséquence, nous avons déterminé que, dans le cadre de notre programme de conformité, il était opportun de publier des lignes directrices ayant pour effet de clarifier la politique du Directeur des enquêtes et recherches en matière d'application de l'alinéa 50(1)*a*), de sorte que les milieux d'affaires soient bien informés des circonstances susceptibles de donner lieu à une enquête en vertu de la Loi. Par la même occasion, il importe de préciser, à l'intention des milieux d'affaires, que la disposition pourrait être interprétée différemment par les parties à une action privée en dommages-intérêts fondée sur l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*.

Bien qu'elles portent sur un certain nombre de questions cruciales soulevées par la disposition en cause, les présentes Lignes directrices ne font pas état de tous les cas susceptibles de se présenter en pratique. Elles pourront être mises à jour pour tenir compte de la modification ultérieure des dispositions et des politiques applicables.

Howard I. Wetston, c.r.
Directeur des enquêtes et recherches
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada

# INTERPRÉTATION

Les présentes Lignes directrices remplacent tout avis antérieur du Directeur des enquêtes et recherches ou d'autres représentants du Bureau de la politique de concurrence, dont la teneur diffère de ce qui est énoncé aux présentes.

Le présent document fait état de la politique générale relative à l'examen des cas de discrimination par les prix au sens de l'alinéa 50(1)*a*) et des paragraphes 50(2) et (3) de la *Loi sur la concurrence*. Comme les normes qu'établissent les Lignes directrices s'appliquent à un large éventail de situations possibles, elles ne sauraient lier les autorités compétentes quant à la manière dont celles-ci exerceront leur pouvoir discrétionnaire dans un cas donné. On pourra consulter le Bureau, dans le cadre de son programme d'avis consultatifs, relativement à un cas particulier. De plus, le Bureau appliquera les normes établies par les Lignes directrices de manière raisonnable et souple en tenant compte des circonstances et des faits propres à chaque cas.

Les Lignes directrices ne lient pas le Procureur général et n'ont aucune incidence sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ce dernier lorsqu'il s'agit d'engager des procédures en application de la loi. Elles ne tiennent pas lieu, non plus, d'avis juridique. En outre, il appartient aux tribunaux de se prononcer sur l'interprétation définitive des dispositions législatives applicables.

Par souci de concision, les définitions suivantes s'appliquent ci-après aux fins des présentes Lignes directrices :

- «alinéa 50(1)*a*)» Comprend les paragraphes 50(2) et (3).
- «Bureau» Le Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Affaires commerciales Canada.
- «concession de prix» ou «concession» Tout avantage, y compris un escompte, un rabais, une remise ou une concession de prix.
- «Directeur» Le Directeur des enquêtes et recherches du Bureau de la politique de concurrence.
- «disposition relative à la discrimination par les prix», «disposition» ou «disposition applicable» Se rapporte à l'alinéa 50(1)*a*), le paragraphe 50(2) et le paragraphe 50(3).
- «Lignes directrices» Le présent document, soit *Discrimination par les prix – Lignes directrices pour l'application de la Loi*.
- «alinéa» Renvoie aux différents articles de la Loi.
- «rubrique» Renvoie aux différents chapitres des présentes Lignes directrices.
- «Loi» *La Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée dans : L.R.C. 1985, ch. 27 (1er suppl.), art. 187 et 198; L.R.C. 1985, ch. 19 (2e suppl.), partie II; L.R.C. 1985, ch. 34 (3e suppl.), art. 8; L.R.C. 1985, ch. 1 (4e suppl.), art. 11; L.R.C. 1985, ch. 10 (4e suppl.), art. 18; S.C. 1990, ch. 37, art. 27 à 32.

---

*Dans cette publication, la forme masculine désigne, lorsqu'il y a lieu, aussi bien les hommes que les femmes.*

# TABLE DES MATIÈRES


**RÉSUMÉ** ..... i

**PARTIE 1: DISCRIMINATION PAR LES PRIX** ..... 1

1.1 Dispositions législatives ..... 1
1.2 Éléments constitutifs de l'infraction ..... 1
1.3 Principes sous-jacents à l'alinéa50(1)*a*) ..... 2
1.4 Application de la Loi ..... 2

**PARTIE 2 : LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI** ..... 4

2.1 Généralités ..... 4
2.2 Parties à l'infraction ..... 5
2.3 Opérations visées ..... 5
2.3.1 Généralités ..... 5
2.3.2 Opérations entre sociétés affiliées ..... 6
2.4 Produits visés ..... 7
2.5 La vente doit être discriminatoire ..... 8
2.5.1 «Un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage» ..... 8
2.5.2 «Au-delà et en sus» ..... 9
2.5.3 «Accessible» ..... 9
2.5.4 L'acheteur ..... 14
2.5.5 «Concurrents d'un acheteur» ..... 19
2.5.6 «Moment» pertinent ..... 21
2.5.7 «Directement ou indirectement» ..... 22
2.5.8 «Qualité et quantité similaires» ..... 22
2.5.9 «Connaissance» ..... 24
2.6 «Une pratique discriminatoire» – Paragraphe 50(2) ..... 26
2.7 Exception pour les coopératives – Paragraphe 50(3) ..... 27

**ANNEXE 1 : AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES** ..... 28

**ANNEXE 2 : POUR COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE** ..... 31

# RÉSUMÉ


## DÉFINITION DE LA «DISCRIMINATION PAR LES PRIX»

La première partie des Lignes directrices fait état des principes sous-jacents à l'alinéa 50(1)*a*) qui interdit la discrimination par les prix, et précise quelles sont les pratiques d'établissement des prix auxquelles cette disposition s'applique.

L'alinéa 50(1)*a*) vise la pratique de concession de prix consentie à un acheteur, à l'exclusion des acheteurs concurrents, relativement à une vente d'articles de qualité et de quantité similaires. Bien qu'il s'agisse de l'une des dispositions de la Loi qui créent une infraction, elle n'a donné lieu, à ce jour, qu'à trois condamnations conduisant à des amendes variant entre 15 000$ et 50 000$. Malheureusement, les jugements rendus offrent peu de balises aux fins de l'interprétation de cette disposition.

## LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

La deuxième partie porte sur l'approche adoptée par le Directeur pour l'examen de chacune des composantes de la disposition relative à la discrimination par les prix. Il est précisé que celle-ci ne s'applique qu'à la vente d'articles par une personne s'adonnant à une entreprise et qu'à la personne, physique ou morale, qui en est le vendeur. Elle *ne s'applique pas* à la partie acquéresse. Comme la disposition ne vise que les opérations de «vente», elle ne s'applique pas non plus aux opérations qui ne comportent pas le transfert du droit de propriété sur les articles en cause, telles que les ententes de louage, d'octroi de licence ou de consignation.

L'alinéa 50(1)*a*) ne prévoit pas d'exception particulière à l'égard des sociétés affiliées. En conséquence, il peut s'appliquer aux opérations entre sociétés affiliées. Par contre, de telles entités peuvent céder des articles à un prix qui tient compte du fait qu'elles forment une seule entité économique. En pareil cas, les «concessions» ne sont pas négociées en fonction de la concurrence sur le marché. Les entreprises qui participent à de telles opérations peuvent ne pas accorder de «concessions à l'égard d'une vente» comme l'exige la disposition, sans que ce type d'opérations soit sujet à un examen supplémentaire.

En règle générale, la disposition *ne s'applique pas* à la vente de services. Lorsqu'une vente porte à la fois sur des services et sur des articles, la disposition ne s'applique habituellement pas si les articles ne sont vendus que de manière accessoire aux services, comme c'est le cas, par exemple, de la plupart des ventes de services d'entretien.

Suivant l'alinéa 50(1)*a*), il y a discrimination par les prix uniquement lorsqu'un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage est accordé à un acheteur au-delà et en sus de la concession ou de l'avantage qui est accessible aux acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires, dans le cadre d'une pratique. L'expression «autre avantage» ne désigne qu'un avantage lié au prix, tel «un escompte, un rabais, une remise ou une concession de prix», c'est-à-dire un avantage qui a une incidence sur le prix net versé pour les articles vendus. La disposition peut également s'appliquer aux ententes de crédit discriminatoires, bien que le vendeur soit autorisé à stipuler des conditions raisonnables en la matière. Les avantages non liés au prix, comme la possibilité d'utiliser du matériel ou de bénéficier d'une aide technique, échappent à l'application de la disposition.

Un élément crucial en matière de vente discriminatoire consiste à déterminer si la concession de prix est «accessible». La mesure par laquelle une concession de prix doit être portée à la connaissance d'acheteurs concurrents pour être jugée «accessible» par le Directeur dépend des circonstances. Lorsque le vendeur décide unilatéralement d'offrir une concession de prix, comme un escompte de volume, celui-ci doit être porté à la connaissance des acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires. Tel n'est toutefois pas le cas lorsque l'octroi d'une concession de prix résulte uniquement de négociations engagées par un acheteur qui consent à fournir un service en échange. En pareil cas, pour que la concession soit jugée «accessible», elle ne doit être portée qu'à la connaissance des acheteurs concurrents qui demandent des concessions similaires, à des conditions semblables, à celles convenues avec l'acheteur favorisé. Le vendeur n'est pas tenu d'accorder une telle concession à l'acheteur qui, pour la forme, demande au vendeur de lui faire le «meilleur prix».

Les escomptes conditionnels constituent une forme courante de concessions de prix qui ne devrait poser aucune difficulté aux termes de la disposition dans la mesure où ils sont «accessibles» aux acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires.

Par exemple, un fournisseur peut décider d'offrir une concession de prix à la condition que l'acheteur remplisse une ou plusieurs conditions liées à la vente. Au nombre des exemples donnés dans les Lignes directrices mentionnons la concession accordée à condition 1) que l'acheteur achète davantage comparativement à une période antérieure (communément appelée «prime de croissance», «remise incitative en fonction du volume», «rabais de fidélité» ou «escompte de fidélité»), 2) que l'acheteur fournisse un service ayant une valeur pour le fournisseur, comme le fait de fournir des locaux d'entreposage ou de faciliter la livraison des articles

(communément appelée «remise professionnelle») et 3) que l'acheteur s'engage à acheter des articles au fournisseur et non aux concurrents de ce dernier («escompte d'exclusivité»).

Deux facteurs doivent être pris en considération relativement à l'escompte conditionnel. Premièrement, les conditions d'obtention de l'escompte ne doivent pas être conçues de manière à favoriser ou à défavoriser déraisonnablement certains clients. Deuxièmement, on doit pouvoir déterminer le moment où les conditions sont remplies, et le vendeur doit toujours consentir la concession de prix lorsque les conditions sont respectées.

Le fait que l'escompte de volume accordé à un groupe d'achats soit soumis à un examen aux termes de la disposition dépend habituellement de l'identité du véritable «acheteur» des articles dans le cadre d'une opération donnée. La question se pose souvent dans les cas de groupes d'achats, d'exploitation de franchises et d'accords internationaux d'achat liant des sociétés. Pour déterminer qui est l'«acheteur», le Directeur peut tenir compte de toutes les circonstances de l'opération. Généralement, le véritable acheteur est l'entreprise qui prend les engagements contractuels requis en vue de l'acquisition des biens vendus.

Le groupe d'achats est généralement considéré comme l'acheteur lorsqu'il s'engage à payer le prix des articles achetés. En ce qui a trait au système de franchise et aux concessions de prix pour achats internationaux importants, le franchiseur ou la société multinationale mère est considéré comme le véritable acheteur s'il fait en sorte que ses franchisés ou ses filiales internationales, selon le cas, s'engagent à acheter les articles en cause au vendeur qui consent la concession.

L'alinéa 50(1)*a*) n'empêche pas le vendeur de modifier, à l'occasion, son prix ou ses concessions de prix. Le «moment» pertinent aux fins de l'application de la disposition n'est pas nécessairement celui du transfert du droit de propriété ou de l'exécution du contrat. Par exemple, lorsqu'un contrat prévoit une option d'achat pouvant être levée ultérieurement, le moment pertinent pourrait bien être celui où le contrat est conclu, et non celui où l'option est levée.

Une discrimination par les prix, au sens de l'alinéa 50(1)*a*), ne peut être exercée qu'à l'égard de concessions qui sont accordées à un ou plusieurs acheteurs, mais qui ne sont pas offertes à des «acheteurs concurrents». L'analyse du Directeur porte essentiellement, en l'occurrence, sur la question de savoir si les acheteurs se font concurrence dans la vente de leurs produits et non sur celle de savoir s'ils se font concurrence aux fins de l'achat d'articles au vendeur.

La disposition ne s'applique qu'aux opérations qui interviennent avec des acheteurs concurrents d'articles «de qualité et de quantité similaires»; elle ne s'applique pas lorsque l'acheteur concurrent achète un article différent ou se porte acquéreur d'une quantité sensiblement inférieure d'articles par rapport à l'acheteur favorisé. On peut établir une distinction entre des articles selon leur fonctionnement ou leur rendement, ou même, en fonction de leur nom commercial ou de leur marque de commerce. L'un des critères permettant de déterminer si la qualité est suffisamment différente pour faire obstacle à l'application de la disposition consiste à déterminer si le consommateur paierait davantage pour l'un des deux articles.

En ce qui concerne la «quantité similaire», pour déterminer si une quantité est «similaire» à une autre, le Directeur tient généralement compte des pratiques de l'industrie quant à l'établissement du prix des articles. Lorsque le vendeur additionne les volumes d'articles différents achetés aux fins du calcul de l'escompte de volume, la disposition ne s'applique pas lorsque le même régime d'escomptes de volume est «accessible» aux acheteurs concurrents.

L'alinéa 50(1)*a*) prévoit que le vendeur ne commet une infraction que s'il exerce délibérément une discrimination. Par conséquent, pour que sa culpabilité soit établie, on doit prouver sa «connaissance» à l'égard de *tous* les éléments constitutifs de l'infraction, y compris le fait que certains acheteurs aient été en concurrence ou non les uns avec les autres. Le Directeur tient également compte, à cet égard, de l'aveuglement volontaire dont le vendeur a pu faire preuve. Il y a aveuglement volontaire lorsqu'une personne consciente de la nécessité d'obtenir certains renseignements omet de le faire afin d'éviter de prendre connaissance de certains faits.

Enfin, le paragraphe 50(2) prévoit qu'une infraction ne peut être commise que si la concession de prix ou quelque autre avantage est accordé dans le cadre d'une pratique discriminatoire. En règle générale, plus est longue la période pendant laquelle le vendeur exige des prix différents de la part de deux acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires et plus cette pratique est fréquente, plus il est probable que la vente soit intervenue dans le cadre d'une pratique discriminatoire. Les escomptes consentis ponctuellement à l'occasion de l'ouverture d'un commerce, d'une liquidation ou d'un solde anniversaire, de même que les remises temporaires accordées dans le but d'obtenir de nouveaux clients, de pénétrer un nouveau marché ou d'égaler les prix offerts par un concurrent, ne seront vraisemblablement pas assimilés à une «pratique discriminatoire».

## ANNEXES

L'annexe 1 fait brièvement état des autres articles de la Loi qui peuvent s'appliquer aux pratiques de discrimination par les prix. Mentionnons, tout particulièrement, les infractions prévues aux alinéas 50(1)*b*) et *c*) concernant les pratiques de prix d'éviction (se reporter à : *Prix d'éviction – Lignes directrices pour l'application de la Loi*) et l'article 51 relatif aux concessions de prix et autres avantages offerts ou accordés à des fins de réclame ou de publicité. Nous attirons également l'attention du lecteur sur les pratiques que le Tribunal de la concurrence peut examiner aux termes de l'article 77 soit, les concessions de prix qui incitent à l'exclusivité ou aux ventes liées examinées en fonction de leurs effets sur la concurrence, et aux termes de l'article 79 par lequel il y a discrimination par les prix, par un vendeur ou par un acheteur, qui constitue un abus de position dominante, au sens de cet article.

L'annexe 2 donne des renseignements sur la façon de se mettre en rapport avec le Bureau de la politique de concurrence.

# PARTIE 1
# DISCRIMINATION PAR LES PRIX

## 1.1 DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

Voici ce que prévoit l'article 50 de la Loi sur la concurrence relativement à la discrimination par les prix :

(1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, s'adonnant à une entreprise, selon le cas :
   *a*) est partie intéressée ou contribue, ou aide, à une vente qui est, à sa connaissance, directement ou indirectement, discriminatoire à l'endroit de concurrents d'un acheteur d'articles de cette personne en ce qu'un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage est accordé à l'acheteur au-delà et en sus de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage accessible à ces concurrents au moment où les articles sont vendus à cet acheteur, à l'égard d'une vente d'articles de qualité et de quantité similaires;

(2) Le fait d'être partie intéressée, de contribuer ou d'aider à toute vente mentionnée à l'alinéa (1)*a*) ne constitue pas une infraction visée à cet alinéa, sauf si l'escompte, le rabais, la remise, la concession de prix ou autre avantage accordé dans les conditions prévues à cet alinéa l'a été dans le cadre d'une pratique discriminatoire.

(3) L'alinéa (1)*a*) n'a pas pour effet d'interdire à une association coopérative, une caisse de crédit, une caisse populaire ou une société coopérative de crédit de remettre, totalement ou en partie, le surplus net découlant de ses opérations à ses membres, fournisseurs ou clients, en proportion des acquisitions ou fournitures d'articles faites à ces derniers.

## 1.2 ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

La Loi prévoit qu'un certain nombre de critères doivent être remplis pour qu'une infraction soit commise. En effet, il doit s'agir d'une «vente» d'«articles» par une personne «s'adonnant à une entreprise». Un «escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage» doit, dans le cadre de la vente, être «accordé» à un «acheteur» «au-delà et en sus» de ce qui est «accessible» aux «concurrents» de l'acheteur à l'égard «d'articles de qualité et de quantité similaires». Il convient alors de tenir compte des prix «accessibles» aux concurrents «au moment où les articles sont vendus à cet acheteur». La vente peut être «directement ou indirectement» discriminatoire. La vente doit être discriminatoire «à la connaissance» du vendeur. Enfin, la vente doit intervenir «dans le cadre d'une pratique discriminatoire».

## 1.3 PRINCIPES SOUS-JACENTS À L'ALINÉA 50(1)a)

La discrimination par les prix visée à l'alinéa 50(1)*a*) de la Loi consiste dans le fait, pour un vendeur, d'accorder à un acheteur des concessions de prix qui ne sont pas offertes à des acheteurs concurrents à l'égard d'une vente d'articles de qualité et de quantité similaires.

La disposition législative ne s'applique qu'à la discrimination entre concurrents. Elle ne prohibe donc pas tous les genres ou cas de vente à des prix différents. Le vendeur a toujours été et demeure libre d'exiger des prix différents et d'offrir des concessions distinctes lors de négociations avec des clients qui ne se font pas concurrence entre eux.

En outre, le vendeur qui fait affaires avec des clients qui se font concurrence entre eux n'est soumis à l'application de la disposition qu'à l'égard de la vente d'articles de qualité et de quantité similaires. Aucune disposition législative n'empêche le vendeur d'accorder des escomptes ou des rabais distincts lorsque les acheteurs ne se portent pas acquéreurs d'articles similaires ou de quantités similaires d'articles, que ceux-ci soient concurrents ou non.

Selon les principes sous-jacents à l'alinéa 50(1)*a*), le vendeur ne saurait porter atteinte à la capacité à concurrencer des acheteurs concurrents qui se portent acquéreurs d'articles de qualité et de quantité similaires, en établissant des prix inégaux.

En adoptant cette disposition, le législateur a reconnu qu'en ce qui concerne, à tout le moins, les prix que les vendeurs concurrents paient pour leurs marchandises, ceux qui se portent acquéreurs d'articles de qualité et de quantité similaires devraient pouvoir traiter sur un pied d'égalité avec leurs concurrents quant au coût, de telle sorte que la réussite sur le marché découle de l'esprit d'entreprise et des aptitudes de chacun, et non des actes de tiers intervenant à quelque autre palier du système de distribution.

## 1.4 APPLICATION DE LA LOI

Depuis l'entrée en vigueur de la disposition relative à la discrimination par les prix, seulement trois condamnations ont été prononcées et ce, depuis 1984, dans des affaires non contestées. Les trois sociétés en cause ont enregistré un plaidoyer de culpabilité et ont été condamnées à des amendes allant de 15 000 $ à 50 000 $.[1]

1 *Commodore Business Machines Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, (1988) 27 O.A.C. 310, 63 O.R. (2d) 737, 50 D.L.R. (4th) 559, 41 C.C.C. (3d) 232, 21 C.P.R. (3d) 396, 36 C.R.R. 147; *R. c. Simmons Limited*, Cour prov. de l'Ont. (Div. criminelle), 15 octobre 1984, le juge Richards (non publié); *R.c. Neptune Meters Ltd.*, Cour de district de l'Ont., 2 juin 1986, le juge Borins (non publié); les motifs du renvoi à procès sont énoncés dans *R. c. Neptune Meters Ltd.*, Cour prov. de l'Ont. (Div. criminelle), 23 juin 1983, le juge Hashborn (non publié).

Ainsi, le Directeur et les milieux juridiques disposent de peu de jurisprudence pour les guider dans l'interprétation de la Loi.

Malgré le peu de procédures judiciaires engagées en application de la disposition, le Bureau est saisi de nombreuses demandes d'avis et d'interprétation au sujet de celle-ci. Il appert donc que les milieux d'affaires sont désireux de se conformer à la Loi et qu'ils ont besoin de lignes directrices claires quant à la politique d'application du Directeur à l'égard de cette disposition fort complexe.

Le Directeur espère que la publication de lignes directrices favorisera l'observation de la Loi tout en faisant valoir, auprès des milieux d'affaires, la marge de manoeuvre qu'offre la Loi pour la mise en oeuvre de pratiques et de stratégies innovatrices en matière d'établissement des prix.

# PARTIE 2
# LIGNES DIRECTRICES POUR L'APPLICATION DE LA LOI

## 2.1 GÉNÉRALITÉS

L'analyse d'une plainte fondée sur l'alinéa 50(1)*a*) implique principalement l'examen rétrospectif des conditions de vente qui avaient cours lorsque les acheteurs concurrents ont entamé des négociations avec un même vendeur en vue de faire l'acquisition d'articles auprès de ce dernier. Pour conclure à l'existence d'une discrimination par les prix, le Directeur n'a pas à établir dans quelle mesure la concurrence a été réduite sur les marchés en cause.[2] La disposition applicable n'emploie pas les termes familiers que sont «indûment», «sensiblement» ou «de manière importante» et qui figurent dans plusieurs autres dispositions de la Loi. Or, comme il s'agit d'une disposition de caractère pénal, l'infraction doit être prouvée hors de tout doute raisonnable.

La disposition renferme un certain nombre d'éléments qui doivent tous être réunis afin que l'on puisse conclure qu'une infraction a été commise. Lorsque l'un de ces éléments est absent, la disposition ne s'applique pas.

Souvent, l'examen d'une affaire en application de la disposition consiste essentiellement à déterminer quels étaient les prix (y compris les concessions) «accessibles» au concurrent qui s'estime défavorisé au moment de la vente à l'acheteur prétendûment favorisé. Si les mêmes prix étaient offerts aux deux acheteurs, mais que l'un d'eux n'a pas donné suite à l'offre, le fait que cet acheteur a payé des prix plus élevés ne devrait pas entraîner l'application de la disposition, même si tous les autres éléments sont réunis. Le sens que le Directeur attribue au terme «accessible» fait l'objet de la rubrique 2.5.3.

Les autres rubriques de la présente partie font état de l'interprétation que fait le Directeur des divers éléments de l'alinéa 50(1)*a*). Pour accroître l'intelligibilité de l'exposé correspondant à chacun des éléments, il est tenu pour acquis que les autres éléments de la disposition sont réunis, même si cela n'est pas précisé.

Il importe également de souligner que même si certains actes échappent à l'application de l'alinéa 50(1)*a*), ils peuvent être contraires à d'autres dispositions de la Loi. Dans la mesure du possible, le présent document renvoie à ces autres dispositions lorsqu'elles s'appliquent.

---

2 Les cas où les différents prix exigés de la part des clients semblent restreindre la concurrence jusqu'à un certain point pourraient être examinés aux termes de plusieurs dispositions de la Loi, comme le précise l'annexe 1.

## 2.2 PARTIES À L'INFRACTION

L'alinéa 50(1)*a*) de la Loi s'applique à «toute personne [...] s'adonnant à une entreprise» au Canada lorsque les conditions qu'il prévoit sont remplies. La Loi et la jurisprudence prévoient cependant certaines exceptions. Par exemple, selon l'article 2.1, la Loi ne s'applique aux sociétés d'État qu'à l'égard des activités commerciales qu'elles exercent en concurrence, réelle ou potentielle, avec d'autres personnes.

L'expression «est partie intéressée ou contribue, ou aide, à une vente» fait en sorte que d'autres personnes que le vendeur véritable d'articles peuvent engager leur responsabilité aux termes de la disposition. À titre d'exemple, un mandataire du vendeur, tel un courtier qui participe à la négociation et à la conclusion de l'opération de vente, peut être considéré comme une personne qui aide à une vente discriminatoire. Les termes employés permettent également d'appliquer la disposition aux représentants et aux mandataires du vendeur.

Le recours à l'expression «un acheteur d'articles de cette personne» fait en sorte qu'un acheteur ne peut enfreindre l'alinéa 50(1)*a*). Le Directeur estime en effet que l'acheteur ne devrait pas être empêché de marchander vigoureusement afin d'obtenir de meilleurs prix et d'en faire bénéficier ses clients. Toutefois, lorsque l'examen du Directeur révèle qu'un acheteur doté d'un pouvoir d'achat substantiel a convaincu un vendeur de lui accorder un avantage illégal par rapport à un concurrent, le Directeur détermine si le comportement constitue ou non une incitation à commettre l'infraction qu'est la discrimination par les prix. De même, d'autres dispositions de la Loi s'appliquent lorsque certains actes accomplis par un acheteur doté d'une puissance commerciale nuisent à la concurrence.

## 2.3 OPÉRATIONS VISÉES

### 2.3.1 GÉNÉRALITÉS

La plupart des dispositions de droit substantiel de la Loi font mention du fait de «fournir» et non de la «vente». L'emploi du mot «vente» à l'alinéa 50(1)*a*) a pour effet d'en restreindre l'application, en matière de discrimination par les prix, aux seules opérations de vente, par opposition aux autres formes d'approvisionnement que sont la location, le louage et l'octroi d'une licence.

Le recours à l'expression «une vente» et au terme «accessible» fait en sorte qu'une vente peut, à elle seule, si elle intervient dans le cadre d'une pratique discriminatoire à l'endroit d'acheteurs concurrents, constituer une violation de l'alinéa 50(1)*a*). Il n'est pas nécessaire, suivant cet alinéa, qu'un concurrent se porte effectivement

acquéreur d'articles à des prix supérieurs pour qu'il soit considéré comme la victime d'une discrimination par les prix. Ce concurrent peut tout simplement, par exemple, renoncer à acheter des articles au vendeur parce que, justement, celui-ci ne lui accorde pas les concessions de prix dont bénéficie un autre concurrent, de sorte que l'offre du vendeur n'est pas assez intéressante pour justifier une acquisition.[3]

Le transfert du droit de propriété permet généralement de distinguer une vente d'une opération qui n'en est pas une. À titre d'exemple, une «entente de consignation» n'est pas assimilée à une vente aux fins de la disposition. En règle générale, il s'agit en effet d'une opération aux termes de laquelle le vendeur initial demeure propriétaire du bien jusqu'à ce que le négociant ne vende celui-ci à un consommateur.[4] Par conséquent, l'alinéa 50(1)*a*) ne s'applique pas à une telle opération.

### 2.3.2 OPÉRATIONS ENTRE SOCIÉTÉS AFFILIÉES

Comme il ne prévoit pas expressément d'exception à l'égard des sociétés affiliées, l'alinéa 50(1)*a*) peut s'appliquer aux opérations qui interviennent entre de telles entités. Par ailleurs, les sociétés affiliées peuvent céder des articles à un prix qui tient compte de leurs intérêts en tant qu'entité économique unique. En pareil cas, les «concessions» ne sont pas négociées en fonction de la concurrence sur le marché. Les entreprises qui prennent part à de telles opérations peuvent ne pas accorder de «concession[...] à l'égard d'une vente» comme le prévoit la disposition, et de cette façon échapper à la procédure d'examen.

Il existe un cas apparenté aux opérations entre sociétés affiliées où des concessions de prix sont accordées à l'acheteur qui a aidé le vendeur à se lancer dans la fourniture de certains articles. Par exemple, l'acheteur qui assure le financement de l'usine d'une société par actions non liée peut s'attendre à bénéficier d'une concession au-delà et en sus de ce qui est accessible à ses concurrents. Habituellement, le Directeur en arrivera à la conclusion que la concession de prix accordée par le fournisseur à son bienfaiteur, lorsqu'elle équivaut essentiellement à une forme de rendement du capital investi dans l'entreprise du vendeur, échappe à l'application de l'alinéa 50(1)*a*). En conséquence, le vendeur peut accorder des concessions de prix au-delà et en sus de ce qui est à la portée d'acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires, sans être vraisemblablement soumis à l'application de cet alinéa.

---

3 Ce qui ne veut pas dire que l'alinéa 50(1)*a*) pourra être invoqué en cas de refus de fournir ou d'approvisionner. En effet, d'autres dispositions de la Loi, comme l'article 75, s'appliquent alors, dans certaines circonstances.

4 Signalons que le Tribunal de la concurrence peut ordonner à un vendeur de cesser la pratique de la vente par voie de consignation, en application de l'article 76 de la Loi, s'il conclut que la pratique a été introduite dans le but d'exercer une discrimination par les prix.

## 2.4 PRODUITS VISÉS

La plupart des dispositions de droit substantiel de la Loi s'appliquent à un «produit», et l'article 2 définit celui-ci comme englobant un «article» et un «service», lesquels sont par ailleurs définis.

Contrairement à la plupart des autres dispositions de la Loi, la disposition relative à la discrimination par les prix ne s'applique qu'à la vente d'«articles». Elle n'établit aucune distinction entre les articles achetés en vue de leur revente et ceux qui sont achetés à titre d'intrants d'entreprise ou qui sont utilisés par l'acheteur. Elle ne s'applique pas aux services, sauf ceux qui sont expressément compris dans la définition d'«article» qui figure à l'article 2 de la Loi, dont voici le libellé :

> «article» Biens meubles et immeubles de toute nature, y compris :
>
> a) de l'argent;
> b) des titres et actes concernant ou constatant un droit de propriété ou autre droit relatif à des biens ou un intérêt, actuel, éventuel ou autre, dans une personne morale ou dans des éléments de l'actif d'une personne morale;
> c) des titres et actes donnant le droit de recouvrer ou de recevoir des biens;
> d) des billets ou pièces de même genre attestant le droit d'être présent en un lieu donné à un ou certains moments donnés ou des titres de transport;
> e) de l'énergie, quelle que soit la façon dont elle est produite.

L'alinéa 2*d*) soulève la question de savoir dans quelle mesure la disposition relative à la discrimination par les prix s'applique aux services de transport. Selon le Directeur, elle s'applique au transport de passagers, et non à celui de marchandises, parce que le mot «billets» est employé en rapport avec des passagers et non avec des marchandises. Le reste du libellé de l'alinéa 2*d*) précise le sens du mot «billets» ou est accessoire à celui-ci. Dans les faits, toutefois, l'application de l'alinéa 50(1)*a*) au transport de passagers est vraisemblablement limitée puisque les acheteurs doivent être concurrents.[5]

Dans le cas d'une opération comportant la vente d'un article et d'un service, le Directeur estime que la disposition ne s'applique pas lorsque l'article n'est fourni qu'à titre accessoire dans le cadre de la vente du service.

---

5 Se reporter à la rubrique 2.5.5 concernant le principe général voulant que la vente à un consommateur (un particulier), du fait que ce dernier n'exerce habituellement aucune concurrence dans le domaine de la revente d'articles ou de la mise en marché d'articles en vue de leur revente, échappe à l'application de la disposition relative à la discrimination par les prix.

Prenons, par exemple, le cas d'un contrat relatif à la vente de services d'entretien qui comporte la fourniture de diverses pièces de rechange. Le Directeur a aucune raison de conclure qu'il y a discrimination par les prix lorsque la valeur des pièces de rechange est minime par rapport à celle du service d'entretien, lorsque le prix des pièces n'est habituellement pas perçu séparément du prix du service ou lorsque d'autres éléments portent à croire que le service est l'objet principal de l'opération.

Considérons un autre exemple similaire, soit la vente d'un article dont la seule valeur réside dans le fait qu'il permet à son propriétaire d'obtenir un service. Le Directeur est d'avis que la vente de timbres-poste, par exemple, n'équivaut pas à une vente d'articles au sens de l'alinéa 50(1)*a*), puisque le timbre-poste est un moyen de vendre un service postal.

## 2.5 LA VENTE DOIT ÊTRE DISCRIMINATOIRE

La disposition précise ce qui constitue de la discrimination. Seule la vente qui défavorise une entreprise, quant au coût d'acquisition, par rapport à un ou plusieurs de ses concurrents, est considérée comme discriminatoire. Elle doit, au surplus, porter sur des articles de qualité et de quantité similaires et intervenir dans le cadre d'opérations qui sont conclues ou négociées au cours d'une même période.

La discrimination en cause consiste à accorder «un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage» qui est «au-delà et en sus» de tout avantage «accessible» aux «concurrents» d'un «acheteur».

### 2.5.1 «UN ESCOMPTE, UN RABAIS, UNE REMISE, UNE CONCESSION DE PRIX OU UN AUTRE AVANTAGE»

Les termes «escompte», «rabais», «remise» et «concession de prix» renvoient généralement à des ententes à caractère financier proposées par le vendeur afin que le prix réel versé par l'acheteur soit inférieur au prix nominal. Il s'agit de pratiques courantes en matière commerciale.

Selon le Directeur, l'expression générique «autre avantage» doit être interprétée en fonction des mots précis qui la précèdent (soit «escompte», «rabais», «remise» et «concession de prix»). Ainsi, «autre avantage» désigne toute entente financière aux termes de laquelle le vendeur fait bénéficier l'acheteur d'un prix net inférieur pour chaque article vendu. L'utilisation de matériel, la fourniture d'un appui technique ou la remise de billets de théâtre ou permettant d'assister à un événement sportif, par exemple, ne constituent généralement pas un «autre avantage» au sens de la disposition.

L'offre de facilités de crédit est habituellement considérée comme un «autre avantage» et, selon les modalités de paiement, il peut également s'agir d'un «escompte». Lorsque, par exemple, le vendeur accorde à certains de ses acheteurs un délai de 30 jours pour acquitter une facture, alors qu'il exige de leurs concurrents qu'ils règlent la note sur livraison ou dans un délai inférieur à 30 jours, la situation qui en résulte pourrait justifier un examen aux termes de l'alinéa 50(1)*a*). De même, le Directeur peut procéder à un examen lorsqu'un acheteur bénéficie d'un «escompte» pour règlement rapide, alors que ses concurrents en sont privés.

Par contre, l'alinéa 50(1)*a*) n'empêche pas le vendeur d'exiger de ses acheteurs qu'ils remplissent certaines conditions raisonnables avant de leur accorder un escompte pour règlement rapide ou d'autres facilités de crédit avantageuses. À titre d'exemple, le vendeur peut informer ses clients que le règlement après l'échéance entraîne la suspension de l'escompte pour règlement rapide ou de toute autre concession et ce, pendant une période donnée. Selon le Directeur, il s'agirait d'une mesure raisonnable incitant au paiement des sommes dues dans le délai imparti et qui ne saurait entraîner l'application de la disposition relative à la discrimination par les prix.

En résumé, l'alinéa 50(1)*a*) ne devrait pas empêcher le vendeur de refuser de faire crédit à certains clients s'il a de bons motifs à cet égard (par exemple, s'il s'agit d'un nouveau client ou d'un client qui n'a pas toujours acquitté ses dettes à l'échéance). Il s'agit alors de déterminer si le refus de crédit est raisonnable (c'est-à-dire, fondé ou non), compte tenu des circonstances.

### 2.5.2 «AU-DELÀ ET EN SUS»

La disposition ne s'applique que dans le cas où un vendeur, dans le cadre d'une pratique, accorde à une entreprise des avantages qui sont supérieurs à ceux que peuvent obtenir les concurrents de cette entreprise. L'expression «au-delà et en sus» renvoie tout simplement au fait qu'un avantage soit supérieur, plus important ou de plus grande valeur que ceux offerts à des concurrents qui auraient droit au même avantage aux termes de la disposition.

### 2.5.3 «ACCESSIBLE»

**2.5.3.1 Information** – Le vendeur qui accorde une concession de prix à un acheteur au-delà et en sus de ce qui est «accessible» aux concurrents de ce dernier contrevient à l'alinéa 50(1)*a*) (en supposant que les autres éléments constitutifs de l'infraction soient réunis). Lorsque les mêmes concessions de prix sont «accessibles» à tous les acheteurs concurrents, le Directeur n'est pas fondé d'intervenir et ce, même si

certains acheteurs paient, en fin de compte, des prix plus élevés que d'autres. Il importe essentiellement de déterminer quelles sont les mesures d'information qui sont de nature à convaincre le Directeur qu'une concession de prix est «accessible».

Le dictionnaire définit l'adjectif «accessible» à l'aide d'expressions comme «à la disposition», «à la portée» et «susceptible d'être obtenu». C'est ainsi que le Directeur interprétera le mot «accessible» aux fins de l'application de l'alinéa50(1)*a*). La concession de prix qui est à la portée de l'acheteur ou qui est susceptible d'être obtenue par celui-ci, mais qui n'est pas acceptée, est néanmoins «accessible» à l'acheteur et n'est pas visée par l'alinéa 50(1)*a*).

L'alinéa 50(1)*a*) n'exige pas du vendeur qu'il «offre» des concessions de prix, contrairement à l'article 51 qui prévoit que celui qui accorde une remise promotionnelle doit l'offrir aux acheteurs concurrents à des conditions proportionnées. Toutefois, le Directeur estime que l'obligation du vendeur de porter une concession de prix à la connaissance des acheteurs concurrents varie selon que la concession de prix est accordée unilatéralement par le vendeur ou découle de négociations avec un acheteur.

Le vendeur qui décide de son propre chef d'offrir une concession de prix, telle un escompte de volume, doit en informer les acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires afin que la concession de prix soit considérée comme «accessible» au sens de l'alinéa 50(1)*a*). Quel que soit le moyen choisi, l'information doit avoir lieu en temps suffisamment opportun et être assez exhaustive pour que l'acheteur puisse prendre une décision éclairée du point de vue commercial quant aux mesures requises pour obtenir la concession.

Par contre, une telle information n'est pas exigée lorsque le vendeur n'accorde une concession de prix que par suite des négociations engagées par un acheteur qui accepte de fournir un service en contrepartie. En pareil cas, pour que le Directeur juge que la concession est «accessible», le vendeur n'a qu'à donner suite aux propositions des acheteurs concurrents qui cherchent à obtenir des concessions similaires à des conditions semblables à celles dont bénéficie l'acheteur favorisé. Prenons l'exemple de l'acheteur qui négocie une concession en offrant de prendre livraison des articles à l'entrepôt du vendeur en vue d'assurer lui-même la distribution en régions éloignées. Le Directeur est d'avis que le vendeur n'a pas à offrir les mêmes conditions à tous les acheteurs concurrents. Cependant, si un concurrent de l'acheteur favorisé offre de fournir essentiellement le même service, l'alinéa 50(1)*a*) pourrait entrer en jeu advenant que la même concession ne soit pas accordée à cet acheteur.

Tel que mentionné précédemment, l'alinéa 50(1)*a*) n'exige pas du vendeur qu'il offre une concession aux acheteurs concurrents (bien qu'il puisse choisir de le faire à des fins commerciales). Dans le cas contraire, un acheteur serait peu enclin à négocier une entente puisqu'il devrait partager l'avantage obtenu avec les autres clients qui profiteraient ainsi gratuitement de son esprit d'innovation et de ses qualités de négociateur. Même si, selon le Directeur, le vendeur doit être disposé à accorder la même concession aux acheteurs concurrents qui offrent de fournir des services similaires à ceux exécutés par l'acheteur favorisé, il n'est pas tenu de porter la concession à la connaissance de l'acheteur qui, pour la forme, lui demande «le meilleur prix».

Enfin, d'autres situations peuvent se présenter où un acheteur se met en rapport avec un vendeur et cherche à obtenir une concession sans offrir d'exécuter quelque service ou de remplir quelque condition en contrepartie. Advenant que le vendeur accorde une concession à l'acheteur, à l'exclusion des acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires, l'opération entraînera vraisemblablement l'application de la disposition.

**2.5.3.2 Escompte conditionnel** – L'escompte conditionnel est une forme courante de concession de prix qui ne devrait soulever aucune difficulté, aux termes de la disposition, dans la mesure où il est «accessible» aux acheteurs concurrents d'articles de quantité et de qualité similaires. Il est accordé à l'acheteur qui respecte une condition donnée, comme le fait d'atteindre un objectif de ventes ou de fournir un service au vendeur.

Pour éviter la tenue d'un examen en application de l'alinéa 50(1)*a*), le vendeur doit prendre certaines précautions. Premièrement, les conditions qui doivent être remplies pour obtenir l'escompte ne doivent pas être conçues de manière à favoriser ou à défavoriser déraisonnablement certains clients. La condition qui semble avoir une valeur commerciale minime ou nulle pour le vendeur soulèvera la question de savoir si l'avantage est vraiment «accessible» aux acheteurs concurrents d'articles de quantité et de qualité similaires ou si la condition vise à empêcher un ou plusieurs acheteurs d'obtenir l'avantage. Cela peut se produire lorsque le vendeur sait que l'acheteur en question ne dispose pas des facilités voulues et qu'il ne peut les obtenir sur le marché à des conditions commerciales usuelles.

Deuxièmement, on doit pouvoir déterminer à quel moment la condition a été remplie, et le vendeur doit toujours accorder la concession de prix lorsque la condition est respectée.

Certains des modes les plus courants d'octroi de concessions de prix conditionnelles sont analysés ci-après; il s'agit de l'«escompte de volume», de la «remise professionnelle» et de l'«escompte d'exclusivité». Les observations valent galement pour d'autres types de conditions comme l'atteinte du pourcentage minimum requis, la prorogation de dispositions contractuelles ou l'offre de prix de revente qui sont en dessous-de certains plafonds.

**2.5.3.3 Escompte de volume** – Le vendeur n'est pas tenu d'accorder une concession de prix en raison d'une différence quantitative. S'il le juge opportun, il peut établir un prix uniforme qui ne tient pas compte du volume des achats. Même s'il lui est loisible d'opter pour un prix uniforme, il arrive souvent que le vendeur offre un escompte ou un rabais fondé sur le volume, de sorte que le prix net diminue au fur et à mesure que le volume d'achat s'accroît. L'octroi d'escomptes de volume est une pratique bien établie et n'occasionne généralement pas d'examen sur le fondement de la disposition applicable.

Le vendeur qui consent un escompte de volume peut accorder à l'avance une concession de prix fondée sur une estimation du volume d'achat ou sur les opérations antérieures, dans la mesure où il redresse le prix versé par l'acheteur lorsque les achats effectivement faits par ce dernier ne sont pas suffisants pour obtenir la concession.[6]

Certaines concessions de prix sont liées à l'accroissement du volume d'achat comparativement à une période antérieure (on les appelle indifféremment «primes de croissance», «remises incitatives en fonction du volume», «escomptes de fidélité» ou «rabais de fidélité»). Le vendeur peut, par exemple, accorder une concession de prix au client dont les achats augmentent de dix pour cent comparativement à l'année précédente. Ainsi, un acheteur peut avoir droit à une concession de prix en achetant seulement 400 000 unités la deuxième année, tandis qu'un acheteur concurrent qui achète 500 000 unités n'y a pas droit parce que ses achats n'ont pas augmenté selon la proportion établie. Cependant, si les deux acheteurs connaissent à l'avance les conditions d'octroi de la concession, l'avantage est alors «accessible» aux deux. L'omission du deuxième acheteur de se prévaloir de la mesure incitative n'a pas d'effet sur l'accessibilité. En pareilles circonstances, le Directeur ne procèdera vraisemblablement pas à une enquête.

**2.5.3.4 Remise professionnelle** – Les remises «professionnelles» accordées par les vendeurs ont maintes fois soulevé des questions; il s'agit en effet de concessions de prix

6 Se reporter à la rubrique 2.5.8.2 quant à l'incidence de la portée de l'expression «quantité similaire» sur l'octroi d'un escompte de volume.

accordées en échange de l'exécution, par l'acheteur, d'un service que le vendeur aurait dû, autrement, exécuter à ses frais, comme la fourniture de locaux d'entreposage ou le transport de marchandises. Si, au lieu d'obtenir un service en contrepartie d'une remise professionnelle, le vendeur conclut simplement une entente distincte pour l'obtention du service, la disposition ne s'applique pas.

Advenant qu'un acheteur et un vendeur recourent à la remise professionnelle dans le cadre des affaires qu'ils font entre eux, rien ne permet de conclure que le résultat obtenu contrevient nécessairement à l'alinéa 50(1)*a*). Dans la mesure où la remise professionnelle du vendeur est «accessible» aux acheteurs concurrents à l'égard d'articles de qualité et de quantité similaires, elle ne devrait occasionner aucun examen sur le fondement de la disposition. On devrait, au contraire, encourager l'acheteur et le vendeur à s'entendre sur la façon la plus efficace de faire des affaires ensemble. Lorsque l'acheteur peut transporter ou entreposer des marchandises plus efficacement que le vendeur, ce dernier devrait pouvoir offrir des conditions avantageuses à l'acheteur qui propose de le faire.

Le fait qu'une entreprise ne puisse bénéficier d'une remise que si elle accepte d'exécuter un service qu'elle n'offre pas dans l'immédiat ne signifie pas nécessairement que l'avantage n'est pas accessible. Par exemple, le vendeur peut offrir une remise à la condition que l'acheteur assure l'entreposage des articles du vendeur. En effet, le Directeur ne poursuivrait pas son examen si le vendeur avait la croyance raisonnable que l'acheteur en cause était en mesure d'obtenir des locaux d'entreposage, même si celui-ci ne les avait pas dans l'immédiat.

**2.5.3.5 Escompte d'exclusivité** – D'autres genres de remises ou de concessions de prix ont fait l'objet de débats aux fins de l'application de l'alinéa 50(1)*a*). Le vendeur doit-il être autorisé, par exemple, à offrir à un client une concession de prix distincte en échange de l'engagement du client à faire exclusivement le commerce des articles du vendeur?

Une concession de prix accordée en échange de l'engagement de l'acheteur à faire le commerce des seuls produits du vendeur échappe habituellement à l'application de la disposition si elle est «accessible» aux acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires. Le client auquel la concession est offerte doit sans aucun doute tenir compte de nombreux facteurs avant d'accepter l'offre d'un escompte d'exclusivité. Au nombre des facteurs considérés, mentionnons l'évaluation des avantages relatifs perdus en renonçant aux gammes concurrentes de produits.

Lorsque l'acheteur en arrive à la conclusion qu'il demeure plus avantageux de faire le commerce de diverses marques et gammes concurrentes d'articles, le Directeur, selon toute vraisemblance, estimera déraisonnable de soumettre l'opération à un examen pour le seul motif que d'autres acheteurs ont tiré la conclusion contraire.[7]

## 2.5.4 L'ACHETEUR

**2.5.4.1 Généralités** – Le mot «acheteur», employé à l'alinéa 50(1)*a*), désigne un client auquel le vendeur accorde une concession de prix qui est «au-delà et en sus» de la concession accessible à un ou à plusieurs de ses concurrents.

La question se pose souvent de savoir si le bénéficiaire d'une concession de prix fondée sur le volume est un «acheteur» légitime aux fins de la disposition. Doit-on tenir compte de la quantité d'articles achetés par un groupe d'achats ou de celle achetée par chacun de ses membres pour déterminer l'admissibilité à un escompte de volume? Est-ce le volume d'achat du franchiseur ou celui de ses franchisés qui donne droit à l'escompte? Le vendeur peut-il accorder une concession de prix en se fondant sur les achats effectués à l'échelle internationale par un regroupement de sociétés multinationales ou doit-il s'en tenir aux achats de la filiale canadienne du regroupement?

Lorsqu'il s'agit de déterminer qui est l'«acheteur», le Directeur examine toutes les circonstances de l'opération. En règle générale, le véritable acheteur est celui qui prend les engagements requis pour se porter acquéreur des marchandises vendues.

Dans la plupart des opérations, il est relativement aisé de déterminer qui est l'«acheteur». À l'occasion d'une simple opération de vente, le vendeur peut raisonnablement conclure que l'«acheteur» est celui qui a commandé les articles, en a pris livraison et les a payés.

Toutefois, aucun de ces facteurs n'est nécessairement concluant. En effet, il faut tenir compte de la nature de l'opération dans son ensemble, et non de la forme qu'elle revêt ou d'un facteur unique.

Le vendeur peut, à bon droit, conclure qu'un groupe d'achats est l'acheteur lorsque ce groupe s'engage à acquitter le prix des marchandises. En pareil cas, même si les membres prennent individuellement livraison des articles, le Directeur jugera vraisemblablement que le groupe d'achats, et non ses membres individuels, est l'ache-

7 Soulignons que le Tribunal de la concurrence peut, en vertu de l'article 77 de la Loi, rendre une ordonnance qui interdit l'octroi de concessions de prix en vue d'obtenir l'exclusivité, lorsque certaines conditions sont observées, notamment le fait que la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement.

teur aux fins de l'alinéa 50(1)*a*). En outre, dans plusieurs cas, l'engagement pris par le groupe d'achats revêt une importance pour le vendeur, car le groupe d'achats a alors le même intérêt à faire en sorte que ses membres se procurent les articles du vendeur de préférence à ceux d'un concurrent et il fournit généralement un appui à cet égard. Cet engagement permet également au vendeur de minimiser les frais de promotion et de vente du produit auprès de chacun des membres du groupe d'achats.

Dans la même veine, le vendeur peut raisonnablement conclure que le franchiseur est l'acheteur et ce, même lorsque le franchisé passe la commande et engage seul sa responsabilité à l'égard des articles. Lorsque le vendeur a négocié avec le franchiseur le droit d'approvisionner ses franchisés et que le franchiseur peut, par contrat, obliger ses franchisés à faire affaires avec les fournisseurs qu'il désigne ou approuve, cet engagement est vraisemblablement suffisant, selon le Directeur, pour justifier l'octroi, par le vendeur, d'un escompte plus substantiel que celui qu'il accorderait à un détaillant indépendant concurrent qui se porterait acquéreur de la même quantité d'articles que le franchisé. En raison de l'engagement du franchiseur, le vendeur considère à juste titre que l'opération conclue avec le système de franchise est foncièrement différente de celle conclue avec le détaillant indépendant.

Enfin, le vendeur peut raisonnablement en arriver à la conclusion que la société mère multinationale d'une filiale canadienne est le véritable «acheteur» aux fins de l'alinéa 50(1)*a*) et ce, même si la filiale passe la commande et paie les articles, lorsque le vendeur ou sa société mère a négocié avec la société mère de la filiale acquéresse le droit d'approvisionner les filiales de la société multinationale en échange d'un escompte établi à l'issue de ces négociations.

Chacun de ces cas est examiné plus en détail ci-après.

**2.5.4.2 Groupe d'achats** – L'expression «groupe d'achats» désigne un regroupement d'entreprises indépendantes qui combine les volumes d'achat de ses membres aux fins d'obtenir des concessions de prix. Il englobe un large éventail d'organismes différents qui offrent divers services à leurs membres.

Les groupes d'achats sont courants dans bon nombre de secteurs d'activités. Pour le membre, la participation à un tel groupe d'achats permet de minimiser les coûts d'achat, la raison d'être du groupement étant d'obtenir des escomptes ou des rabais de volume qui ne sont pas à la portée des membres individuels. Grâce à ces économies, les petites entreprises peuvent être plus concurrentielles en ce qui concerne les prix de revente, spécialement vis-à-vis des entreprises de taille plus importante. Souvent, le groupe d'achats obtient plus facilement des renseignements sur les

concessions de prix et autres avantages qu'offre le vendeur, que ses membres pris individuellement.

Le groupe d'achats obtient également la faveur du vendeur étant donné qu'il contribue souvent à réduire ses frais de marketing et les risques associés au crédit, lesquels seraient plus élevés si le vendeur devait faire affaires avec de multiples acheteurs au lieu d'un seul. Le consommateur tire avantage de la mise sur pied de groupes d'achats dans la mesure où la minimisation du coût d'achat (en raison non seulement des concessions de prix, mais également du rendement accru du vendeur) se traduit par un prix de détail inférieur.[8]

En présence d'un groupe d'achats, trois facteurs principaux permettent au vendeur de déterminer si le groupe d'achats est le véritable acheteur :

1) le groupe d'achats doit être une personne morale dotée de la capacité juridique de se porter acquéreur des articles en cause;
2) le groupe d'achats doit devenir, dans les faits, propriétaire des articles, bien qu'il n'ait pas à en prendre possession;
3) le groupe d'achats doit être tenu responsable des achats effectués en son nom et s'engager à assumer le paiement des marchandises qu'il achète.

En ce qui concerne le premier facteur, le groupe d'achats peut acquérir la personnalité juridique de son choix, pourvu qu'il puisse être tenu légalement responsable des achats effectués en son nom.

Quant au deuxième facteur, le groupe d'achats n'a pas à procéder formellement à une deuxième opération par laquelle il cède les articles à ses membres, lorsque les circonstances ou un accord avec les membres font foi de l'opération. Le vendeur n'a pas non plus à se soucier de l'accord intervenu entre le groupe d'achats et ses membres, dès qu'il est convaincu que le groupe d'achats s'est porté acquéreur des articles.

Enfin, en ce qui a trait au troisième facteur, lorsque le vendeur exige de la part d'autres acheteurs qu'ils satisfassent à certaines exigences d'ordre financier, le groupe d'achats doit être en mesure de convaincre le vendeur qu'il est en mesure de satisfaire à ces exigences. Par exemple, le vendeur peut généralement exiger de l'acheteur qu'il soit à même d'acquitter, en totalité ou en partie, les dettes contractées en son nom. Dans ce cas, le groupe d'achats pourrait se conformer à l'exigence notamment en retenant des sommes sur les frais d'administration ou les cotisations, ou encore, sur les rabais non distribués ou en convenant avec ses membres de

8 Il importe toutefois de faire en sorte que les membres d'un groupe d'achats ne se servent pas de celui-ci comme d'un moyen de s'entendre, par exemple, sur les prix de revente, les limites de production ou la répartition des marchés, contrairement à l'article 45 de la Loi relatif au complot.

prélever une surtaxe en cas de déficit. L'actif requis pour satisfaire le vendeur quant à la responsabilité engagée par le groupe d'achats devrait être déterminé en fonction du montant qu'exige habituellement le vendeur de la part de ses acheteurs. Les normes qui ont cours dans l'industrie devraient fournir une indication quant aux exigences habituelles du vendeur.

Il importe de préciser que ces facteurs ne sont que des indices, et non des règles ou des critères dont l'objet est d'établir de façon concluante qui, du groupe d'achats ou de ses membres, est l'«acheteur» aux fins de l'alinéa 50(1)*a*). Toutefois, en l'absence de tels indices, il se pourrait que le groupe d'achats ne soit qu'une entité fictive mise sur pied pour permettre à des acheteurs par ailleurs indépendants de bénéficier de rabais supérieurs à ceux auxquels ils ont légalement droit, de sorte que le Directeur pourra décider d'examiner le cas plus avant.

À titre d'exemple, supposons qu'un vendeur accorde une concession de prix à un groupe d'achats sur le fondement des achats combinés des membres de celui-ci. Supposons en outre que le vendeur ne puisse légalement exercer un recours que contre les membres individuels, et non contre le groupe d'achats, en cas d'inexécution des obligations qui découlent des achats. Si le vendeur exige que ses autres acheteurs engagent leur responsabilité et s'acquittent des obligations qui s'y rattachent à l'égard des dettes contractées, il est probable que le vendeur ait accordé une concession au groupe d'achats tout en sachant qu'il ne s'agissait pas de l'«acheteur» aux fins de l'alinéa 50(1)*a*). Si le vendeur cesse généralement de faire affaires avec un acheteur qui refuse constamment de respecter ses obligations, mais qu'il continue de faire affaires avec un groupe d'achats qui agit de la même manière, on peut alors remettre en cause le caractère raisonnable de la conclusion du vendeur selon laquelle le groupe d'achats est l'acheteur aux fins de l'octroi d'une concession de prix aux termes de l'alinéa 50(1)*a*).

Le vendeur peut juger prudent d'exiger ou d'accepter, relativement à la dette contractée par le groupe d'achats, le cautionnement d'un membre du groupe d'achats ou d'un tiers. Le Directeur ne remettra vraisemblablement pas en cause cette décision; cependant, si le groupe d'achats ne peut pas ou ne veut pas s'acquitter de ses obligations lorsqu'il est mis en demeure de le faire, la question de savoir qui est le véritable acheteur aux fins de l'alinéa 50(1)*a*) pourrait être soulevée.

**2.5.4.3 Système de franchise** – Souvent, dans le cadre du système de franchise, le franchiseur achète directement des articles à ses fournisseurs; subsidiairement, les franchisés peuvent effectuer des achats pour le compte du franchiseur. Le franchiseur est tenu au paiement des articles et peut, de fait, payer directement au vendeur les marchandises que ses franchisés revendent. Il peut même prendre

livraison des articles et les distribuer à ses franchisés. Il est peu probable que la disposition relative à la discrimination par les prix s'applique en pareil cas.

Toutefois, les modalités du système de franchise peuvent faire en sorte que le franchisé achète des articles pour son compte et qu'il soit seul tenu de payer les sommes dues à cet égard. Bien que cette situation soulève davantage de questions que les exemples susmentionnés, elle n'implique pas nécessairement qu'une infraction serait commise si le vendeur accordait au franchiseur une concession de prix fondée sur le volume d'achat global des franchisés.

À l'issue de son examen, le Directeur peut conclure que le vendeur a légitimement accordé une concession sur la base des achats effectués par le système de franchise dans son ensemble, étant donné l'engagement pris par le franchiseur envers le vendeur. Tel est vraisemblablement le cas lorsque le franchiseur s'engage par contrat à faire en sorte que tous ses franchisés fassent leurs achats auprès des vendeurs qu'il désigne ou approuve.

Dans de telles circonstances, le vendeur peut être tout à fait fondé de considérer le franchiseur, et non le franchisé, comme le véritable acheteur aux fins de l'alinéa 50(1)*a*). À l'instar de l'opération où le franchiseur engage sa responsabilité à l'égard des achats, cette opération permet essentiellement au vendeur de faire affaires avec une seule entité économique plutôt qu'avec de multiples franchisés. Par conséquent, le vendeur peut consentir une concession de prix en fonction du volume d'achat de l'ensemble des franchisés sans que le Directeur n'ait vraisemblablement matière à pousser davantage son examen.

#### 2.5.4.4 Concession de prix fondée sur le volume d'achat à l'échelle internationale

Le troisième cas digne de mention est celui de l'opération qui met en cause ce qu'on appelle communément une «concession de prix fondée sur le volume d'achat à l'échelle internationale». Une entreprise se voit accorder une telle concession lorsque le vendeur établit un prix en fonction du volume d'achat global à l'échelle internationale. Si le vendeur n'avait pas tenu compte du volume des achats effectués par les filiales internationales, le prix exigé aurait été plus élevé. L'alinéa 50(1)*a*) pourrait entrer en jeu advenant que des acheteurs concurrents au Canada passent la commande, acquièrent le droit de propriété, engagent leur responsabilité et versent le prix à l'égard d'une quantité similaire d'articles achetés auprès d'un vendeur canadien, mais que l'un d'entre eux ne puisse bénéficier d'une concession de prix fondée sur le volume d'achat à l'échelle internationale, de sorte qu'il paie un prix supérieur à celui versé par ses concurrents.

La concession de prix fondée sur le volume d'achat à l'échelle internationale ne soulève habituellement aucune difficulté lorsque la société mère s'engage à acheter les articles et fait en sorte que ses filiales et sociétés du même groupe au Canada fassent leurs achats auprès du vendeur. En effet, n'eût été de l'entente, la filiale canadienne aurait pu faire affaires avec un autre fournisseur pour obtenir les mêmes articles. Dans ce cas, la filiale canadienne passe tout simplement les commandes et paie le prix des articles suivant l'entente de base.

Dans cette optique, il est parfaitement raisonnable que le vendeur considère la société multinationale mère comme le véritable «acheteur» aux fins de l'alinéa 50(1)*a*). Comme dans le cas des franchises, l'intérêt de cette opération, pour le vendeur, réside dans le fait que la vente intervient avec une seule entité économique et non avec les diverses composantes de celle-ci. Par conséquent, le vendeur ou sa filiale peut, au Canada, consentir une concession de prix qui tient compte du volume d'achat global d'une société multinationale sans contrevenir vraisemblablement à l'alinéa 50(1)*a*).

### 2.5.5 «CONCURRENTS D'UN ACHETEUR»

L'alinéa 50(1)*a*) ne fait qu'interdire au vendeur d'exercer, en toute connaissance de cause, une discrimination à l'endroit des «concurrents» d'un acheteur. Lorsque le vendeur accorde à un client une concession de prix qui n'est pas accessible à un autre acheteur d'articles de qualité et de quantité similaires, il importe de déterminer si ces clients se font concurrence sur le même marché.

La principale préoccupation à l'origine de la disposition relative à la discrimination par les prix a été l'effet néfaste que pouvait avoir un désavantage lié au prix sur la concurrence entre les acheteurs dans la revente des articles en cause. Ce n'est donc pas la concurrence exercée au moment de l'achat qui est ici en cause, mais bien celle qui a cours sur le marché de la revente. La disposition applicable n'établissant aucune distinction entre les articles achetés en vue de leur revente et ceux achetés aux fins de la production, le Directeur peut examiner les deux types de vente en vertu de la disposition.

Dans le cadre de son examen, le Directeur cherche essentiellement à déterminer si la prétendue victime d'une discrimination par les prix est une rivale de l'entreprise prétendument favorisée aux fins d'acquérir la même clientèle d'acheteurs. L'existence de rapports concurrentiels est foncièrement une question de fait, et le Directeur tire ses conclusions après avoir considéré les conditions du marché au moment de l'opération incriminée.

Il s'agit alors de déterminer quels sont les marchés sur lesquels les acheteurs évoluent, compte tenu des produits et des territoires. De toute évidence, s'ils ne se trouvent pas sur les mêmes marchés, quant aux produits et aux territoires, les acheteurs ne sont pas considérés comme des concurrents.

Le Directeur détermine, conformément à la méthode établie dans *Fusionnements – Lignes directrices pour l'application de la Loi*,[9] quels sont les marchés et les concurrents en cause. Il s'agit essentiellement d'évaluer l'incidence des pratiques d'une entreprise donnée sur la politique d'établissement des prix d'une autre entreprise.

Il s'ensuit donc, pour le vendeur, en ce qui concerne la disposition relative à la discrimination par les prix, que les clients qui établissent leurs prix en fonction des politiques de prix d'autres clients sont vraisemblablement des «concurrents» et ont droit aux mêmes prix, dans la mesure où les autres conditions applicables sont remplies.

Dans la pratique, le vendeur peut prendre connaissance de tels faits dans le cadre de ses rapports d'affaires avec les clients. En effet, il est souvent mis au courant des idées, des stratégies et des pratiques de ses clients concernant le marché sur lequel ils exercent leurs activités, ainsi que de l'identité de ceux qu'ils considèrent comme leurs concurrents directs. À titre d'exemple, le vendeur peut savoir que l'un de ses clients surveille les prix affichés par un autre. En outre, il peut être approché par un client intéressé à bénéficier d'une concession de prix afin de mieux concurrencer un autre client. Dans les deux cas, le vendeur est à même de déterminer lesquels de ses acheteurs sont des concurrents.

Lorsque le vendeur s'interroge quant au fait que certains de ses clients soient des «concurrents», rien ne l'empêche de se renseigner sur ceux-ci afin d'élucider la question.

Le vendeur dont on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il sache que certains de ses clients étaient concurrents et qui, par conséquent, ne leur a pas accordé des avantages similaires, ne s'expose pas à un examen du Directeur pour le motif que l'exigence liée à la «connaissance», que prévoit la disposition, n'a pas été respectée. Toutefois, l'aveuglement volontaire ne saurait permettre au vendeur de se soustraire à cette exigence.[10]

---

9 Se reporter à *Fusionnements – Lignes directrices pour l'application de la Loi*, partie 3, «Définition du marché», p. 9 à 21.

10 Il est question de l'aveuglement volontaire à la rubrique 2.5.9.

Enfin, comme les particuliers ne se font habituellement pas concurrence au chapitre de la revente ou de la mise en marché des articles, la vente à un particulier échappe à l'application de la disposition relative à la discrimination par les prix.

De même, la vente à un organisme sans but lucratif, telle une institution d'enseignement ou de bienfaisance, n'est généralement pas visée par la disposition. C'est pourquoi la vente à une administration fédérale, provinciale ou municipale échappe habituellement à l'application de l'alinéa 50(1)*a*). Par contre, la vente à un organisme sans but lucratif, à une société d'État ou à un service public qui fait ou qui pourrait faire concurrence à d'autres entreprises, est assujettie à l'alinéa 50(1)*a*).

### 2.5.6 «MOMENT» PERTINENT

L'examen du Directeur vise principalement à déterminer quelles concessions de prix sont «accessibles» aux concurrents «au moment où les articles sont vendus» à l'«acheteur» prétendûment favorisé.

Dans le cas d'une simple vente, comportant une seule opération, la question du «moment» ne pose aucune difficulté. Or, toutes les ventes n'appartiennent pas à cette catégorie. En effet, on peut être en présence, dans certains cas, d'ententes compliquées d'achat et de vente qui prévoient les prix applicables pendant une période assez longue, lesquels prix sont parfois établis à partir d'une formule ou d'un prix convenu.

Supposons, par exemple, que deux personnes conviennent de la vente d'un article pendant l'an 1, ainsi que de l'octroi d'une option d'achat d'un volume minimum au cours de l'an 2 au prix établi pour l'an 1. Advenant que, pendant l'an 2, le vendeur majore ses prix en général, mais que, pendant l'an 2, conformément à l'entente susmentionnée, il continue de vendre des articles à un acheteur donné au prix fixé pour l'an 1, les concurrents pourraient prétendre qu'ils sont victimes de discrimination en ce qui concerne les achats effectués pendant l'an 2.

Dans un tel cas, le Directeur estimerait que le «moment» pertinent aux fins de la comparaison avec les prix versés par les concurrents pendant l'an 2 serait le «moment» de la conclusion du contrat de vente au cours de l'an 1. Dans la mesure où la possibilité de conclure une entente prospective similaire à l'égard d'articles de qualité et de quantité similaires était «accessible» aux concurrents, la disposition relative à la discrimination par les prix ne saurait s'appliquer. Il ne serait pas jugé opportun, dans de telles circonstances, de comparer les seuls prix payés au cours de l'an 2 par les parties en cause.

Après tout, le vendeur a le droit de majorer ou de minorer ses prix de temps à autre. L'alinéa 50(1)*a*) ne devrait pas servir à obtenir d'un vendeur des prix qui n'ont généralement plus cours en raison de la modification des conditions du marché.

Il est difficile de prévoir, au moyen de lignes directrices, quel est le «moment» dont il faut tenir compte dans tous les scénarios de marketing imaginables. Dans certains cas, le moment dont il faut tenir compte peut correspondre au moment où toutes les conditions de formation de la «vente», soit l'offre et l'acceptation, le transfert du droit de propriété et la contrepartie, sont remplies. Dans d'autres circonstances, comme dans l'exemple susmentionné, il peut s'avérer insuffisant de n'examiner que certaines opérations en particulier pour déterminer le «moment» où les parties ont convenu du tarif applicable aux opérations en cause.

### 2.5.7 «DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT»

L'alinéa 50(1)*a*) vise tous les moyens de discrimination. Ainsi, le vendeur ne peut faire indirectement ce qui lui est interdit d'accomplir directement. Prenons le cas, par exemple, des acheteurs concurrents X et Y qui achètent des quantités similaires du même article au vendeur et qui ont tous deux droit à la même concession de prix fondée sur le volume aux termes de l'alinéa 50(1)*a*).

Or, le vendeur met sur pied une entreprise distincte à la seule fin de vendre l'article et d'accorder à X des concessions de prix supérieures à celles consenties à Y. Même si l'on ne pourrait soutenir, en l'espèce, que le vendeur a directement exercé une discrimination à l'endroit d'un concurrent de l'acheteur, il appert qu'il a indirectement fait preuve de discrimination à l'endroit de Y.

### 2.5.8 «QUALITÉ ET QUANTITÉ SIMILAIRES»

Le mot «similaire» n'est pas synonyme d'«identique». Il signifie plutôt «semblable» ou «non dissemblable». La disposition relative à la discrimination par les prix s'applique uniquement aux ventes d'articles «de qualité et de quantité similaires». Les ventes ne visant pas de tels articles peuvent intervenir à des prix différents, de sorte que des avantages distincts, telles des concessions de prix, peuvent être accordés sans enfreindre l'alinéa 50(1)*a*).

**2.5.8.1 Qualité similaire** – Pour déterminer si des articles sont ou non de «qualité similaire», le Directeur tient compte de plusieurs facteurs. La composition matérielle ou chimique des articles, leur fonctionnement ou leur rendement, de même que leur apparence, peuvent être pris en considération. En outre, le caractère fongible d'un article peut être un critère utile. Le fait qu'à deux articles correspondent, au même

moment, des prix de détail similaires, permet de croire qu'il s'agit d'articles similaires. À l'inverse, des prix dissemblables laissent entendre que les acheteurs estiment qu'il ne s'agit pas de produits de «qualité similaire».

Dans les affaires de discrimination par les prix, le fait qu'il s'agisse ou non d'articles de «qualité similaire» ne suscite habituellement pas la controverse. En fait, la plupart des cas portent sur les prix versés par des concurrents qui se sont portés acquéreurs d'articles identiques.

Toutefois, la similarité de la qualité peut poser des difficultés lorsque le vendeur offre des articles qu'il différencie délibérément, jusqu'à un certain point, pour un motif quelconque. L'offre du vendeur peut notamment porter sur des articles qui ne diffèrent les uns des autres que par leur apparence extérieure (tels des articles qui ne se distinguent que de manière superficielle, notamment par la variété de leurs couleurs). Les articles peuvent se distinguer, dans une certaine mesure, par leur fonctionnement, comme c'est le cas de bon nombre de produits électroniques pour usage personnel. Enfin, la différence peut résider dans la marque de commerce.

Selon le Directeur, une marque de commerce peut suffire à distinguer entre eux des articles par ailleurs similaires aux fins de la disposition relative à la discrimination par les prix. En général, la marque de commerce, l'étiquette ou tout autre signe distinctif qui amène le consommateur à percevoir une différence suffisamment importante pour qu'elle se reflète dans le prix qu'il consent à payer pour l'article, incite le Directeur à conclure que l'article en cause n'est pas de «qualité similaire» par comparaison à des articles matériellement identiques, mais qui sont dépourvus de la marque de commerce ou de quelque autre signe distinctif. Voici deux exemples à cet égard.

Prenons le cas d'un fournisseur qui fabrique des articles identiques vendus aux détaillants sous une marque de son choix et sous une marque du choix du détaillant. Supposons en outre que le fournisseur lance une importante campagne publicitaire à l'échelle locale et nationale afin de promouvoir sa propre marque, de telle sorte qu'il réussit à la rendre préférable aux yeux du consommateur, au point où celui-ci paie habituellement un prix supérieur à celui qu'il paie pour la marque privée du détaillant. En pareilles circonstances, la différence de marque est suffisante pour que le Directeur conclue que les articles ne sont pas de «qualité similaire».

Comme deuxième exemple, supposons qu'un fournisseur vende à des entreprises commerciales averties des articles destinés à leur propre usage. Si des marques de commerce distinctes étaient apposées aux contenants, il est probable que ces entreprises en feraient peu de cas puisqu'elles devraient habituellement être conscientes

du fait que les articles sont en tous points identiques, notamment quant à leur fonctionnement. Par conséquent, les acheteurs n'ayant aucune préférence fondée sur la différence de marque de commerce, le Directeur conclurait que les articles sont de «qualité similaire».

**2.5.8.2 Quantité similaire** – Il est difficile de prévoir avec précision, à l'égard de tous les secteurs d'activités, ce qu'est une «quantité similaire». Pour déterminer si une quantité est «similaire» à une autre, le Directeur tient généralement compte des pratiques de l'industrie en matière d'établissement des prix.

L'octroi d'escomptes de volume, qui fait l'objet de la rubrique 2.5.3.3, peut parfois entraîner l'application de la Loi à l'égard de ce qui est considéré comme une «quantité similaire».

Le principal sujet de préoccupation, en la matière, est le cas du vendeur de diverses gammes d'articles qui additionne les quantités d'articles différents dont l'acheteur fait l'acquisition aux fins de calculer l'escompte de volume auquel celui-ci a droit. Un tel vendeur peut avoir une clientèle variée, certains clients achetant la totalité ou la quasi-totalité des articles qu'il offre, et certains se limitant à quelques articles ou à un seul.

Rien ne s'oppose à ce que le vendeur tienne compte de la quantité globale des différentes catégories d'articles achetés dans la mesure où les escomptes de volume qui s'y rattachent sont accessibles aux acheteurs concurrents.

Le Directeur est d'avis qu'il ne doit pas être permis à l'acheteur qui fait le difficile vis-à-vis des articles que le fournisseur offre globalement en vente, de remettre en question les escomptes supérieurs accordés aux concurrents qui achètent en bloc les différents articles offerts par le fournisseur. Lorsque le même programme d'escomptes est accessible à tous les acheteurs, l'omission de se prévaloir de l'offre ne saurait suffire à fonder une plainte.[11]

## 2.5.9 «CONNAISSANCE»

Pour qu'il y ait violation de la disposition relative à la discrimination par les prix, le vendeur doit prendre part à une vente qui, «à sa connaissance», est discriminatoire. Il s'ensuit donc que le vendeur doit, au moment de la vente, avoir «connaissance» de chacun des éléments qui, lorsqu'ils sont réunis, équivalent à une vente discriminatoire au sens de l'alinéa 50(1)*a*).

11 La concession qui incite le client à acheter d'autres produits au fournisseur pourrait entraîner l'application de l'article 77 de la Loi au chapitre des «ventes liées».

Le Directeur évalue cette «connaissance» à partir d'éléments de preuve directe ou de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

La notion d'aveuglement volontaire prévoit que le vendeur ne peut se soustraire à son obligation en demeurant volontairement dans l'ignorance. L'aveuglement volontaire se produit lorsqu'une personne consciente de la nécessité d'obtenir certains renseignements omet de le faire afin d'éviter de prendre connaissance de certains faits. Celui qui omet délibérément de se renseigner, même s'il sait qu'il est opportun de le faire, est réputé avoir connaissance des faits en cause. Ce principe peut s'appliquer, par exemple, lorsque le vendeur établit arbitrairement des catégories d'acheteurs en fonction de critères peu précis et accorde des escomptes sur le fondement du volume d'achat prévisible sans tenir compte, ultérieurement, du volume d'achat réel. Même si la négligence peut parfois constituer une circonstance atténuante, on peut s'interroger sur le comportement du vendeur qui bien que conscient de la possibilité que son comportement constitue une violation de l'alinéa 50(1)*a*) omet délibérément d'obtenir les renseignements requis.

Un seul exemple suffit à illustrer la manière dont le Directeur se prononce sur la question de la «connaissance». Supposons que le vendeur ait deux clients, l'un exploitant un commerce de détail à Montréal, et l'autre exerçant des activités similaires à Toronto. Compte tenu de l'information dont dispose le vendeur, ces clients ne se font aucunement concurrence.

Bien que les acheteurs fassent l'acquisition d'articles de qualité et de quantité similaires, le prix exigé par le vendeur n'est pas le même dans les deux cas, ce qui n'est pas contraire à la Loi.

À l'insu du vendeur, le détaillant montréalais, qui paie les prix les plus élevés, ouvre un magasin à Toronto et fait expédier des marchandises depuis son établissement de Montréal à sa nouvelle enseigne à Toronto. Les deux détaillants sont dès lors des acheteurs concurrents, mais le vendeur l'ignore. Celui-ci continue donc d'exiger d'eux des prix différents, comme si rien n'avait changé.

Si le détaillant montréalais devait alors saisir le Directeur d'une plainte, il serait débouté, car le vendeur n'avait manifestement pas «connaissance» de la discrimination existant entre les deux acheteurs concurrents.

Si, par contre, le détaillant montréalais avait, dès le tout début, informé le vendeur de l'ouverture d'un magasin à Toronto et que la différence de prix avait persisté, le Directeur n'aurait eu d'autre choix que de conclure que le vendeur disposait de toute l'information voulue pour savoir que les acheteurs se faisaient désormais

concurrence, de sorte que le vendeur a manqué à son obligation de rajuster ses prix en conséquence.

Le fournisseur qui ne fait aucun effort pour déterminer lesquels, parmi ses clients, peuvent être des acheteurs concurrents, s'expose à ce que son programme de concessions de prix contrevienne, en fin de compte, à la disposition.

## 2.6 «UNE PRATIQUE DISCRIMINATOIRE» – PARAGRAPHE 50(2)

Bien qu'il figure également aux articles 45, 61, 76, 77, 79 et 81 de la Loi, le mot «pratique» n'est pas défini dans celle-ci. Aux fins du paragraphe 50(2), le Directeur estime qu'une «pratique» correspond à un mode de comportement systématique, et non à des actes isolés ou à des ajustements ponctuels à l'évolution du marché. Une «pratique» est certainement plus qu'une mesure temporaire visant à obtenir un nouveau client, à pénétrer un nouveau marché ou à égaler les prix offerts par un concurrent.

Le nombre ou la durée de certains actes répétés qui permet d'assimiler ceux-ci à une pratique varie en fonction de l'article et du marché en cause. En règle générale, plus est longue la période pendant laquelle le vendeur exige des prix différents de la part des deux acheteurs concurrents d'articles de qualité et de quantité similaires et plus cela arrive souvent, plus il est probable que la vente intervienne dans le cadre d'une pratique discriminatoire. Toutefois, pour déterminer si une vente donnée a lieu ou non dans le cadre d'une pratique aux fins de la disposition applicable, le Directeur prend en considération non seulement la fréquence et la durée, mais également la constance et la finalité de l'établissement des prix.

Les remises accordées provisoirement afin de permettre à certains clients d'égaler les prix offerts par leurs concurrents n'équivalent habituellement pas à une pratique discriminatoire. L'octroi d'une concession de prix ponctuelle ou la remise de marchandise gratuite à l'occasion d'une inauguration, d'une liquidation, d'un solde anniversaire ou d'un autre événement spécial ne serait vraisemblablement pas considéré comme une pratique discriminatoire. De même, l'offre de facilités de crédit attrayantes à un client pressenti ne devrait généralement pas être assimilée à une pratique.

## 2.7 EXCEPTION POUR LES COOPÉRATIVES – PARAGRAPHE 50(3)

«L'alinéa (1)*a*) n'a pas pour effet d'interdire à une association coopérative, une caisse de crédit, une caisse populaire ou une société coopérative de crédit de remettre, totalement ou en partie, le surplus net découlant de ses opérations à ses membres, fournisseurs ou clients, en proportion des acquisitions ou fournitures d'articles faites à ces derniers.»

De l'avis du Directeur, l'exception prévue au paragraphe 50(3) ne s'applique qu'aux organismes énumérés. Évidemment, ce paragraphe ne soustrait pas tous les actes des organismes en cause à l'application de la disposition relative à la discrimination par les prix.

# ANNEXE 1
# AUTRES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

D'autres dispositions de la *Loi sur la concurrence* peuvent s'appliquer en matière de discrimination par les prix.

- **L'alinéa 50(1)*b*)** (concurrence déloyale à l'échelle régionale) interdit aux gens d'affaires de se livrer à une politique de vente de produits, dans quelque région du Canada, à des prix inférieurs à ceux qu'ils exigent ailleurs au Canada, cette politique ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer dans une large mesure un concurrent. Le vendeur peut choisir d'abaisser ses prix en accordant une concession de prix comme un escompte, une remise ou un rabais. La différence de prix ne soulève toutefois pas de question en vertu de l'alinéa 50(1)*a*), sauf lorsque les acheteurs se font concurrence sur le même marché.

- **L'alinéa 50(1)*c*)** (prix d'éviction) interdit aux gens d'affaires de se livrer à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent ou étant destinée à avoir un semblable effet. Cet alinéa peut s'appliquer, dans certaines circonstances, à la concession de prix accordée par un fournisseur doté d'une puissance commerciale. Le document intitulé *Prix d'éviction – Lignes directrices pour l'application de la Loi* renferme des renseignements quant à la manière dont le Directeur examine les plaintes en matière de prix d'éviction.

- **L'article 51** (remise promotionnelle disproportionnée) s'applique à certaines concessions de prix offertes ou accordées à des fins de réclame ou de publicité. La concession doit également être accessoire à une ou à plusieurs ventes de produits. La remise appliquée directement au prix de vente, sous la forme, par exemple, de réduction sur la facture, échappe à l'application du paragraphe 51(1). L'alinéa 51(3)*c*) prévoit des règles de proportionnalité qui diffèrent substantiellement de celles prévues à l'article 50.

  Voici le libellé de l'article 51 :

  > (1) Au présent article, «remise» s'entend de tout escompte, rabais, concession de prix ou autre avantage qui est offert ou accordé, ou réputé l'être, à des fins de réclame ou de publicité et est accessoire à une ou des ventes de produits, mais qui n'est pas appliqué directement au prix de vente.

(2) Toute personne qui, se livrant à une entreprise, est partie intéressée ou contribue à l'octroi d'une remise à un acheteur, non offerte à des conditions proportionnées à d'autres acheteurs faisant concurrence à l'acheteur en premier lieu mentionné, appelés au présent article «acheteurs concurrents», commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans.

(3) Pour l'application du présent article, une remise n'est offerte à des conditions proportionnées que si, à la fois :

*a*) il existe entre la remise offerte à un acheteur et la valeur des ventes à ce dernier un rapport approximativement le même qu'entre la remise offerte à chaque acheteur concurrent et la valeur totale des ventes à celui-ci;

*b*) dans un cas où l'on exige une réclame ou d'autres dépenses ou services en retour de la remise, le coût qu'en doit supporter un acheteur représente approximativement, par rapport à la valeur des ventes qui lui ont été faites, la même proportion que le coût de cette réclame ou de ces autres dépenses ou services à supporter par chaque acheteur concurrent représente au regard de la valeur totale des ventes à cet acheteur concurrent;

*c*) dans un cas où l'on exige des services en retour de cette remise, les exigences à cet égard tiennent compte des genres de services que les acheteurs concurrents à des niveaux de distribution semblables ou différents sont ordinairement capables de fournir ou de faire fournir.

Le Directeur examine tout d'abord la remise accordée à des fins de réclame ou de publicité en fonction de l'article 51, et non de l'alinéa 50(1)*a*). L'article 51 a été adopté, dans sa version initiale, en 1960, pour remédier à une prétendue lacune de la disposition relative à la discrimination par les prix. Cependant, toute remise qui n'est pas visée par la définition de l'article 51 peut faire l'objet d'un examen en vertu de l'alinéa 50(1)*a*).

- **L'alinéa 61(1)*b*)** interdit la discrimination dans le cadre d'un maintien des prix. Il pourrait s'appliquer advenant qu'un vendeur ne refuse pas directement d'approvisionner un distributeur escompteur, mais qu'il exige de ce dernier un prix supérieur à celui qu'il exige des autres distributeurs et ce, afin de le dissuader de commander des produits.

- Selon le Directeur, une entente de consignation ne constitue pas une «vente» au sens de l'alinéa 50(1)*a*). Toutefois, la vente par voie de consignation peut faire l'objet de l'examen du Tribunal de la concurrence. **L'article 76** prévoit en effet que celui-ci peut ordonner au vendeur qui vend habituellement le produit à des

fins de revente de cesser la pratique de la vente par voie de consignation, lorsqu'il est prouvé que le vendeur a introduit la pratique afin d'établir une distinction entre des consignataires ou entre des négociants et des consignataires, ou afin de contrôler les prix de revente.

- **L'article 75** (refus de vendre) peut s'appliquer lorsqu'un vendeur refuse effectivement de vendre un article à un client susceptible d'avoir droit à une concession de prix.

- **L'article 77** relatif à l'exclusivité, aux ventes liées et à la limitation du marché s'applique à la discrimination par les prix étant donné que la définition de chacune de ces pratiques englobe l'offre d'une concession de prix. Suivant ces définitions, l'article s'applique à toute pratique qui consiste à offrir une concession de prix à la condition que l'acheteur acquière des produits uniquement auprès du vendeur ou de la personne qu'il désigne, que l'acheteur acquière plus d'un produit auprès du vendeur ou que l'acheteur n'exerce son commerce que sur un marché donné ou de quelque autre manière que prévoit l'article 77, ou à exiger une pénalité en cas de non-respect de la condition. Il faut se demander, en pareil cas, si la pratique aura vraisemblablement, sur le marché, un effet tendant à exclure, de telle sorte que la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, auquel cas l'article entre en jeu.

- **L'article 79** (abus de position dominante) s'applique à une pratique de discrimination par les prix à l'égard d'un article ou d'un service, à laquelle se livre un vendeur jouissant d'une position dominante, lorsque cette pratique a pour effet de réduire sensiblement la concurrence d'un concurrent actuel ou éventuel sur le marché. Lorsque le vendeur ayant une position dominante se livre à de la discrimination par les prix dans le but de faire obstacle à la venue d'un concurrent, actuel ou éventuel, sur le marché, ou encore dans le but d'empêcher son entrée, de sorte que la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Directeur examine la pratique en cause en application de l'article 79 et de l'alinéa 50(1)*a*). Le Directeur envisage également d'intervenir sur le fondement de l'article 79 lorsqu'une société contrôle sensiblement ou complètement une catégorie d'entreprises et profite de son avantage pour contraindre des fournisseurs à lui consentir des concessions de prix discriminatoires, de telle sorte que la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement.

L'article 36 de la *Loi sur la concurrence* confère un droit d'action privée. En 1989, la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de cette disposition. Un particulier ou une personne morale peut se prévaloir de cette voie de recours s'il estime avoir subi un préjudice par suite d'une infraction à la Loi, notamment à l'alinéa 50(1)*a*). Il serait alors opportun d'en informer le Directeur.

# ANNEXE 2
# POUR COMMUNIQUER AVEC LE BUREAU DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

## RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX

Toute personne désirant communiquer avec le Directeur ou avec un membre du Bureau afin d'obtenir des renseignements d'ordre général, de déposer une plainte ou de demander un avis consultatif est priée de communiquer avec le bureau mentionné ci-après. De plus, on peut déposer une plainte auprès de l'un des bureaux régionaux ou des bureaux de district mentionnés ci-dessous.

Centre des ressources
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada
50, rue Victoria, 21e étage
Hull (Québec)
K1A OC9

Téléphone : (819) 994-0798
Télécopieur : (819) 953-5013

## FUSIONNEMENTS

Toute personne désirant obtenir des renseignements sur l'application des dispositions sur les fusionnements prévues par la Loi, y compris celles qui ont trait au dépôt d'un avis de transaction proposée, peut communiquer directement avec la Direction des fusionnements à l'adresse suivante :

Direction des fusionnements
Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Affaires commerciales Canada
50, rue Victoria, 19e étage
Hull (Québec)
K1A OC9

Téléphone : (819) 953-7092
Télécopieur : (819) 953-6169

Le Bureau recommande que les avis soient livrés par porteur.

## PUBLICITÉ TROMPEUSE ET PRATIQUES COMMERCIALES DOLOSIVES

Toute personne désirant obtenir des renseignements d'ordre général ou déposer une plainte concernant les dispositions de la Loi portant sur la publicité trompeuse et les pratiques commerciales dolosives peut communiquer avec l'un des bureaux régionaux ou des bureaux de district mentionnés ci-dessous. Il est recommandé au public de téléphoner ou d'écrire au bureau le plus proche pour obtenir une réponse rapide. De plus, on peut écrire ou téléphoner au siège social de la Direction des pratiques commerciales dans la région de la Capitale nationale.

### RÉGION DE LA CAPITALE NATIONALE

Direction des pratiques commerciales
Consommation et Affaires commerciales Canada
50, rue Victoria
Hull (Québec) KIA OC9

Téléphone : (819) 997-4282
Télécopieur : (819) 953-2557

### BUREAUX RÉGIONAUX ET DE DISTRICT

800, rue Burrard, bureau 1400
Vancouver (Colombie-Britannique)
V6Z 2H8

Téléphone : (604) 666-8659
Télécopieur : (604) 666-5031

Édifice Sam Livingston
510, 12e Avenue s.o., bureau 309
Calgary (Alberta) T2R 0H3

Téléphone : (403) 292-5608
Télécopieur : (403) 292-5188

Édifice Oliver
10225, 100e Avenue
Edmonton (Alberta) T5J 0A1

Téléphone : (403) 495-2489
Télécopieur : (403) 495-2466

260, rue St. Mary
Bureau 345
Winnipeg (Manitoba) R3C 0M6

Téléphone : (204) 983-5567
Télécopieur : (204) 983-3159

4900, rue Yonge, 6e étage
Willowdale (Ontario)
M2N 6B8

Téléphone : (416) 224-4065
Télécopieur : (416) 224-4687

Édifice Fédéral
451, rue Talbot, bureau 300
London (Ontario) N6A 5C9

Téléphone : (519) 645-4119
Télécopieur : (519) 645-5114

69, rue John sud, 2e étage
Hamilton (Ontario)
L8N 2B9

Téléphone : (416) 572-2873
Télécopieur : (416) 572-4216

Complexe Guy-Favreau
200, boul. René-Lévesque ouest
Bureau 502, tour est
Montréal (Québec)
H2Z 1X4

Téléphone : (514) 283-7712
Télécopieur : (514) 496-2316

112, rue Dalhousie, 3e étage
Québec (Québec)
G1K 4C1

Téléphone : (418) 648-3939
Télécopieur : (418) 648-4120

50, rue Brown
C.P. 38001
Parc industriel Burnside
Dartmouth (Nouvelle-Écosse)
B3B 1X2

Téléphone : (902) 426-6002
Télécopieur : (902) 426-4536